

Rechtsstellung und Wahlverfahren des elften Mannes im Aufsichtsrat der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der

Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main

vorgelegt von

Hans-Kurt Fuckert

Referendar aus Frankfurt am Main

1964

Rechtsstellung und Wahlverfahren des elften Mannes im Aufsichtsrat der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der

Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main

vorgelegt von

Hans-Kurt Fuckert

Referendar aus Frankfurt am Main



1964

Erster Gutachter: Professor Dr. Heinrich Kronstein

Zweiter Gutachter: Professor Dr. Rudolf Wiethölter

Tag der mündlichen Prüfung: 24. Juli 1963

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Rechtsstellung und Wahlverfahren des elften Mannes im Aufsichtsrat der Unternehmen des Bergbaus, der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie.	
Einführung	25
Erster Abschnitt: Die Rechtsstellung des elften Mannes nach dem Mitbestimmungsgesetz	27
A. Bestimmung der Rechtsstellung	27
I. Die gesetzlichen Grundlagen	27
1. Die Wählbarkeitsvoraussetzungen des § 4 Abs. 2 MitbG	28
a) § 4 Abs. 2 Buchstabe a	29
b) § 4 Abs. 2 Buchstabe b	30
c) § 4 Abs. 2 Buchstabe c	30
d) § 4 Abs. 2 Buchstabe d	31
2. Die Bestellung und Abberufung des elften Mannes im Hinblick auf seine Rechtsstellung	32
II. Zusammenfassende Betrachtung der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen	33
B. Die rechtliche Folge dieser Rechtsstellung	36
I. Der elfte Mann und das Institut des Aufsichtsrats- vorsitzenden	36
II. Der elfte Mann und der Stichentscheid im Aufsichtsrat	39
III. Die Teilnahme des elften Mannes an Ausschüssen im Aufsichtsrat	41
1. Die Zusammensetzung der Ausschüsse	41
2. Der Ausschluß von Ausschußsitzungen	43
IV. Der elfte Mann und die Möglichkeit der Vertretung eines Aufsichtsratsmitglieds in den Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse nach § 93 Abs. 3 AktG.	44

V.	Der elfte Mann und die Möglichkeit der Vertretung eines behinderten Vorstandsmitglieds nach § 90 Abs. 2 AktG.	46
VI.	Eintragungen in das Handelsregister	47
VII.	Der elfte Mann nach dem Mitbestimmungs- ergänzungsgesetz	50

Zweiter Abschnitt: Die Wahl des elften Mannes 51

Erster Teil:	Das Wahlverfahren nach § 8 MitbG	51
A.	Die Bedeutung des Wahlverfahrens	51
B.	Die Durchführung des Wahlverfahrens im einzelnen	52
I.	Dem Wahlorgan wird von den wahlberechtigten Aufsichtsratsmitgliedern ein Vorschlag zur Wahl des elften Mannes gemacht, oder die Aufsichtsrats- mitglieder legen keinen Vorschlag vor	53
1.	Das Wahlorgan wählt nach dem Vorschlag der Aufsichtsratsmitglieder	53
2.	Das Wahlorgan wählt nicht nach dem Vorschlag der Aufsichtsratsmitglieder	54
a)	Das Wahlorgan faßt keinen Beschluß	54
b)	Das Wahlorgan wählt eine andere Person	56
c)	Das Wahlorgan lehnt den Vorschlag ab	57
3.	Es erfolgt kein Vorschlag der wahlberechtigten Aufsichtsratsmitglieder	57
II.	Dem Wahlorgan wird von dem Vermittlungsausschuß ein erster Vorschlag zur Wahl des elften Mannes gemacht, oder der Vermittlungsausschuß legt keinen Vorschlag vor	59
1.	Das Wahlorgan wählt nach dem ersten Vermittlungsvorschlag	59
2.	Das Wahlorgan wählt nicht nach dem ersten Vermittlungsvorschlag	59
a)	Das Wahlorgan faßt keinen Beschluß	59
b)	Das Wahlorgan wählt eine andere Person	61
c)	Das Wahlorgan lehnt den Vorschlag ab	63
a)	Es wird kein Antrag auf Überprüfung des Beschlusses bei Gericht gestellt	64
ß)	Es wird ein Antrag auf Überprüfung des Beschlusses bei Gericht gestellt	65
αα)	Das OLG erklärt die Ablehnung der Wahl für berechtigt	66
ββ)	Das OLG erklärt die Ablehnung der Wahl für unberechtigt	66

3. Dem Wahlorgan wird kein Vermittlungsvorschlag vorgelegt	66
III. Das Wahlorgan lehnt den ersten Vermittlungsvorschlag ab; das OLG bestätigt diesen Beschluß	69
1. Das Wahlorgan wählt nach dem von ihm berechtigterweise zunächst abgelehnten ersten Vermittlungsvorschlag	69
2. Das Wahlorgan wählt nicht nach dem von ihm berechtigterweise abgelehnten ersten Vermittlungsvorschlag	69
a) Das Wahlorgan faßt keinen Beschluß	70
b) Das Wahlorgan wählt eine andere Person	70
c) Das Wahlorgan lehnt den Vorschlag erneut ab	70
IV. Das Wahlorgan lehnt den ersten Vermittlungsvorschlag ab; das OLG bestätigt diesen Beschluß nicht	70
1. Das Wahlorgan wählt nach dem von ihm unberechtigterweise abgelehnten ersten Vermittlungsvorschlag	70
2. Das Wahlorgan wählt auch jetzt nicht nach dem von ihm unberechtigterweise abgelehnten ersten Vermittlungsvorschlag	71
a) Das Wahlorgan faßt keinen Beschluß	71
b) Das Wahlorgan wählt eine andere Person	71
c) Das Wahlorgan lehnt den Vorschlag ab	71
V. Dem Wahlorgan wird von dem Vermittlungsausschuß ein zweiter Vorschlag zur Wahl des elften Mannes gemacht oder der Ausschuß legt keinen zweiten Vorschlag vor	72
1. Das Wahlorgan wählt nach dem zweiten Vermittlungsvorschlag	72
2. Das Wahlorgan wählt nicht nach dem zweiten Vermittlungsvorschlag	72
a) Das Wahlorgan faßt keinen Beschluß	72
b) Das Wahlorgan wählt eine andere Person	73
c) Das Wahlorgan lehnt den Vorschlag ab	73
a) Es wird kein Antrag auf Überprüfung des Beschlusses bei Gericht gestellt	74
b) Es wird ein Antrag auf Überprüfung des Beschlusses bei Gericht gestellt	74
aa) Das OLG erklärt die Ablehnung der Wahl für berechtigt	74
bb) Das OLG erklärt die Ablehnung der Wahl für unberechtigt	74
3. Dem Wahlorgan wird kein zweiter Vermittlungsvorschlag vorgelegt	75

VI.	Das Wahlorgan lehnt den zweiten Vermittlungsvorschlag ab; das OLG bestätigt diesen Beschluß	76
1.	Das Wahlorgan wählt nach dem berechtigterweise von ihm zunächst abgelehnten zweiten Vermittlungsvorschlag	76
2.	Das Wahlorgan wählt nicht nach dem berechtigterweise von ihm abgelehnten zweiten Vermittlungsvorschlag	76
a)	Das Wahlorgan faßt keinen Beschluß	77
b)	Das Wahlorgan wählt eine andere Person	77
c)	Das Wahlorgan lehnt den Vorschlag erneut ab	78
VII.	Das Wahlorgan lehnt den zweiten Vermittlungsvorschlag ab; das OLG bestätigt diesen Beschluß nicht	78
1.	Das Wahlorgan wählt nun nach dem von ihm unberechtigterweise zunächst abgelehnten zweiten Vermittlungsvorschlag	78
2.	Das Wahlorgan wählt auch jetzt nicht nach dem von ihm unberechtigterweise abgelehnten zweiten Vermittlungsvorschlag	78
a)	Das Wahlorgan faßt keinen Beschluß	78
b)	Das Wahlorgan wählt eine andere Person	79
c)	Das Wahlorgan lehnt den Vorschlag erneut ab	79
Zweiter Teil: Die Bindungswirkung des § 8 Abs. 3 Satz 6 MitbG		80
A.	§ 8 Abs. 3 Satz 6 MitbG als Rechtsgebot	80
B.	Die Erzwingbarkeit des Rechtsgebots	83
I.	Allgemeine Grundsätze für die Erzwingbarkeit eines Rechtsgebots	83
II.	Die Erzwingbarkeit des Rechtsgebots des § 8 Abs. 3 Satz 6	84
1.	Der Wortlaut des § 8 Abs. 3 Satz 6 im Vergleich mit anderen Bestimmungen	84
2.	Die Gesetzesmaterialien zu § 8 Abs. 3 Satz 6	86
3.	Prüfung der Durchsetzbarkeit des Rechtsgebots nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen	87
a)	Gründe für den Ausschluß der Erzwingbarkeit eines Rechtsgebots	87
b)	Die einzelnen positiv erforderlichen Voraussetzungen für die Durchsetzbarkeit eines Rechtsgebots, insbes.: Das Recht auf Klagerhebung	87
aa)	Die Geltendmachung des § 8 Abs. 3 Satz 6 als subjektives Recht	88
a)	Die Stellung der Aktionäre zu dem Rechtsgebot	90

β) Die Stellung der Organe: Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung zu dem Rechtsgebot	92
γ) Die Stellung der Mitglieder von Vorstand, Aufsichtsrat und Vermittlungsausschuß zu dem Rechtsgebot	95
δ) Die Stellung der juristischen Person zu dem Rechtsgebot	96
bb) § 8 Abs. 3 Satz 6 als Rechtspflicht	97
α) Die Rechtspflicht der Aktionäre	97
β) Rechtspflichten von Organen	98
γ) Die Rechtspflichten der Vorstandsmitglieder	98
δ) Die Rechtspflichten der Aufsichtsrats- mitglieder	99
ε) Die Rechtspflichten der Mitglieder des Vermittlungsausschusses	100
ζ) Die Rechtspflichten der juristischen Person	101
III. Die Ersatzbestellung des elften Mannes nach § 89 AktG im Falle des § 8 Abs. 3 Satz 6 MitbG	109
Dritter Abschnitt: Der tatsächliche Einfluß des elften Mannes in der Rechtswirklichkeit	112
Einführung	112
A. Das Wahlverfahren	113
B. Die Stellung des elften Mannes im Aufsichtsrat	115
I. Die Vermittlerfunktion	115
II. Der Einfluß des elften Mannes auf die Willensbildung im Aufsichtsrat	119
1. Das Amt und die Persönlichkeit des elften Mannes	119
2. Die Träger des Amtes	120
3. Der persönliche Einfluß des elften Mannes	123
III. Alphabetische Zusammenstellung der elften Männer in den wichtigsten Montanunternehmen	126
1. Elfte, bzw. fünfzehnte oder einundzwanzigste Männer der Bergbauunternehmen	126
2. Elfte, bzw. fünfzehnte oder einundzwanzigste Männer der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie	132
Vierter Abschnitt: Kritische Betrachtung der Rechtsstellung des elften Mannes	137
A. Der elfte Mann im Spannungsfeld widerstreitender Funktionen	137
B. Die Rechtsstellung des elften Mannes als Problem des Mitbestimmungsrechts	140
C. Abschließende Betrachtung	144

Literaturverzeichnis

- | | |
|--------------------|--|
| Affolter, A.: | Die Verbandsgewalt, in Ann. DR.
1911 S. 127 ff. |
| Albu and Hewitt: | The Anatomy of Private Industry,
Fabian Research Series Nr. 145
London 1951 |
| Andreae, Karl: | Das Stimmrecht in der Aktiengesellschaft,
Diss. Köln 1930 |
| Anschütz, Gerhard: | Abhandlungen, Enzyklopädie der Rechts-
wissenschaft, Bd. 2,
Leipzig, Berlin 1904 |
| Anschütz/Thoma: | Handbuch des Deutschen Staatsrechts,
Das System der subjektiven öffentlichen
Rechte und Pflichten, Bd. 2 S. 610 f.,
Tübingen 1932 |
| Auffarth: | Die Neuregelung der Beschlußfähigkeit
des Aufsichtsrats, in NJW 1957, 1702 |
| Baaden, Hans: | Stimmrechtsbindungsverträge und Stim-
menkauf,
Diss. Köln 1935 |
| Bachof, Otto: | Die Rechtsprechung des Bundesverwal-
tungsggerichts in J.Z. 1962, S. 399 ff. |
| Ballerstedt, Kurt: | Der Aufsichtsrat der GmbH nach dem
Betriebsverfassungsgesetz,
in GmbH R 1952, S. 177—180 |
| ders. | Aktienrechtsreform und Unternehmens-
verfassung, Referat, gehalten auf der
Fachtagung der Forschungsstelle der
Friedrich Ebert Stiftung, in Schriften-
reihe der Forschungsstelle der Fried-
rich Ebert Stiftung: Zur großen Aktien-
rechtsreform, S. 43,
Hannover 1962 |
| Bartholomeyczik: | Anmerkung zu dem Urteil des Reichs-
gerichts v. 12. 10. 1940,
in DR 1941, S. 333 ff. |

- Baur, Fritz: Freiwillige Gerichtsbarkeit,
Bd. 1, Allgemeines Verfahrensrecht,
Tübingen 1955
- Baumbach-Duden: Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
16 Aufl.,
München und Berlin 1963
- Baumbach-Hueck: Kommentar zum Aktiengesetz,
11. Aufl.,
München und Berlin 1961
- ders. Kommentar zum GmbH-Gesetz,
10. Aufl.,
München und Berlin 1962
- Baumbach-Lauterbach: Kommentar zur Zivilprozeßordnung,
27. Aufl.,
München und Berlin 1963
- Baumgarten, Arthur: Die Wissenschaft vom Recht und ihre
Methode, Bd. 2,
Tübingen 1922
- Bender: Zur Methode der Rechtsfindung bei der
Auslegung und Fortbildung des gesetz-
ten Rechts, in JZ 1957, S. 593 ff.
- Bergmann, F.: Der Einfluß öffentlicher Körperschaften
auf den Aufsichtsrat,
Diss. Marburg 1929
- Bergmann, Hans: Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichts-
rat, in NJW 1953, S. 81—84
- Binding, Karl: Die Normen und ihre Übertretung,
Bd. 1, 2. Aufl.,
Leipzig 1890
- Bloch, Konrad A.: Über Organschaft und die rechtliche
Stellung der sog. Verbandsorgane,
Diss. Leipzig 1904
- Bloymeyer, Karl: Zur Lehre von den Rechten des Einzelnen,
in Festschrift für Heinrich Lehmann
Berlin 1937
- Blume-Potthoff-Duvernell: Zwischenbilanz der Mitbestimmung,
Tübingen 1962
- Blumenthal, Michael: Codetermination in the German Steel
Industry, Princeton University,
New Jersey 1956

- Boerckel, Werner: Die Rechtsstellung der Aufsichtsratsmitglieder von Aktiengesellschaften auf Grund des Mitbestimmungsgesetzes für Bergbau und Eisen, Diss. Mainz 1953
- Boldt, Gerhard: Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle München und Berlin 1952
- ders. Kommentar zum Mitbestimmungsergänzungsgesetz München und Berlin 1957
- Böhm, Franz: Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht der Arbeiter im Betrieb, in Ordo Bd. 4, S. 21 ff.
- Brodmann, Erich: Kommentar zum Aktienrecht, Berlin und Leipzig 1928
- ders. Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1930
- ders. Zur Frage der Erfüllung von Abstimmungsverträgen, in JW 1929, S. 615 ff.
- Burckhardt, Walther: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., Zürich 1944
- Cahn, Hugo: Der Pool-Vertrag in seiner praktischen Auswirkung, in DJZ 1932, Sp. 1326
- Cassier, Siegfried: Wer bestimmt die Geschäftspolitik der Großunternehmen? Frankfurt/Main 1962
- Dietz, Rolf: Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, insbes. seine Auswirkung in den Aufsichtsräten der Handelsgesellschaften, Karlsruhe 1958
- Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, III. Bd., 5. Lieferung, 3. Aufl., Bearbeitung von J. Lehmann, Mannheim, Berlin, Leipzig 1933

- Ehrenberg: Handbuch des Handelsrechts,
3. Bd., 1. Abt.: Die Aktiengesellschaft,
bearb. von Rudolf Fischer,
Leipzig 1916
3. Bd., 3. Abt.: Die Gesellschaft mit
beschränkter Haftung,
bearb. von Hans-Erich Feine,
Leipzig 1929
- Eick, Jürgen: Die Aktiengesellschaft für jedermann,
in FAZ vom 11. 10. 1961
- Elzbacher: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem
bürgerlichem Recht, Bd. 1,
Berlin 1903
- Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
Bd. I, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts,
15. Bearbeitung von Hans Carl Nipperdey,
Tübingen 1. Halbband 1959
2. Halbband 1960
- Erman, Walter: Zwangsweise Durchsetzung von Ansprüchen
aus einem Stimmbindungsvertrag im
Aktienrecht, in DAktG 1959, S. 267 ff.
- Esser, Josef: Lehrbuch des Schuldrechts,
2. Aufl.
Karlsruhe 1960
- ders. Einführung in die Grundbegriffe des
Rechtes und Staates,
Wien 1949
- Fischer, Curt Eduard: Das Depotstimmrecht der Banken und
die Reform des Aktiengesetzes,
in Zeitschrift für Handelswissenschaftliche
Forschung 1958, S. 28 ff.
- Fischer, Robert: Zulässigkeit und Wirkung von Abstimmungsvereinbarungen,
in GmbHR 1953, S. 65 ff.
- Fitting, Karl: Abschnitt Mitbestimmung,
in Rechts- und Wirtschaftspraxis,
herausgegeben vom Forkel-Verlag
- ders. Das Gesetz über die Mitbestimmung
im Bergbau und der Eisen und Stahl
erzeugenden Industrie,
in BArbBl. 1951, S. 203 ff.

- Fitting-Kraegeloh: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 5. neu bearbeitete Aufl. von Karl Fitting und Fritz Auffarth, Frankfurt/Main 1960
- Fleiner, Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl., München, Berlin 1958
- Frels, Harro: Überweisung und Übertragung von Zuständigkeiten der Organe der Aktiengesellschaften, Diss. Göttingen 1956
- Galperin-Siebert: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 3. Aufl., Heidelberg 1958
- v. Gierke, Julius: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1958
- v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, 2. Aufl. Berlin 1895
- ders. Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887
- v. Godin: Klage auf Willenserklärung einer Gesellschaft in Form eines Gesellschafterbeschlusses, in ZAKDR 1943, S. 214
- v. Godin-Wilhelmi: Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., Berlin 1950
- Grimm, H.: Uneinheitliche Stimmrechtsausübung und vertragliche Stimmrechtsbindung im Aktienrecht, Diss. Köln 1959
- Großkommentar: zum Aktiengesetz begründet von Gadow, Heinichen, E. Schmidt, W. Schmidt, Weipert, Berlin 1939

2. Aufl., bearb. von Barz, Fischer, Klug,
Mellerowicz, Meyer-Landrut, Schilling,
W. Schmidt,
Berlin 1961
- Habel, Walter: Wer ist wer?
das deutsche Who's who?
Berlin 1958
- Hachenburg, Max: Kommentar zum GmbHG,
bearbeitet von W. Schmidt, W. Schilling,
U. Klug, R. Goerdeler,
Berlin, 1. Bd. 1956, 2. Bd. 1959
- Haff, Karl: Institutionen der Persönlichkeitslehre
und des Körperschaftsrechts,
Zürich 1918
- Haupt, Günter: Gesellschaftsrecht,
4. Aufl.,
Tübingen 1952
- Höcker-Johannsen: Gesetz über die Mitbestimmung der
Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten,
Essen 1951
- Hölder, Eduard: Natürliche und juristische Personen,
Leipzig 1905
- Hold v. Ferneck, Alexander: Die Rechtswidrigkeit, Bd. 1,
Jena 1903
- Hoppenstedt: Handbuch der Deutschen Aktiengesellschaft,
Darmstadt 1959/60, 1960/61, 1961/62
- ders. Handbuch der Großunternehmen,
Darmstadt 1961
- ders. Leitende Männer der Wirtschaft,
Darmstadt 1961
- Horstmann, Wilhelm: Stärke, Zusammensetzung und Bestellung
des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft
im Geltungsbereich des Gesetzes über die
Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den
Aufsichtsräten und Vorständen der Unter-
nehmen des Bergbaus und der Eisen und
Stahl erzeugenden Industrie vom 21. Mai
1951,
Diss. aus Freiburg, Bochum 1954
- Huber, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht,
2. Aufl., 1. Bd.,
Tübingen 1953

- Hueck, Alfred: Probleme des Mitbestimmungsrechts, in Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft, Heft 17, Karlsruhe 1953
- ders. Die Stellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, in Schriften des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands e. V., München 1960
- ders. Gesellschaftsrecht, Ein Studienbuch, 10. Aufl., München, Berlin 1960
- ders. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften, Mannheim, Berlin, Leipzig 1924 (zitierweise Generalversammlungsbeschlüsse)
- ders. Mitbestimmungsrecht und Aufsichtsrat, in: Der Betrieb 1951 S. 166 ff.
- Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl. Bd. II, Frankfurt/Main und Berlin 1957
- v. Ihering, Rudolph: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 8. bzw. 9. Aufl., Basel 1954
- ders. Zweck im Recht, Bd. 1, Leipzig 1904
- Isay, Hermann u. Rudolf: Kommentar zum Allgemeinen Berggesetz unter besonderer Berücksichtigung des Gewerkschaftsrechts, 1. Bd., Mannheim, Berlin, Leipzig 1933
- Jansen, Paul: Handkommentar zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Berlin 1959
- Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre, früherer Titel: Das Recht des modernen Staates, 3. Aufl., bearbeitet von Walter Jellinek, 7. Neudruck, Bad Homburg v.d.H. 1960

- Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte,
Freiburg 1892
- Junk: Über Delegationen in den Aufsichtsräten
von Aktiengesellschaften,
in LZ 1914 Sp. 1642
- Keidel, Theodor: Freiwillige Gerichtsbarkeit,
8. Aufl.,
München und Berlin 1963
- Kisskalt, Wilhelm: Die Mitbestimmer im Aufsichtsrat,
in Volkswirt 1951 Nr. 33, S. 11 ff.
- Klump, Hermann: Beiträge zur Rechtsstellung der Geschäfts-
führer einer GmbH nach deutschem und
französischem Recht,
Berlin, Leipzig 1928
- Köhler, Herbert W.: Betrieb und Unternehmen in wirtschafts-
verfassungsrechtlicher Sicht,
in JZ 1953, 713 ff.
- ders. Unternehmensverfassung und Aktien-
rechtsreform,
in JZ 1956, 135 ff.
- Kötter, Hans-Wilhelm: Die Bestellung des elften Mitglieds
im künftigen Aufsichtsrat der Montan-
gesellschaften,
in NJW 1951, 417 ff.
- ders. Der Vorsitz im Aufsichtsrat der Montan-
gesellschaften unter der Herrschaft des
Mitbestimmungsrechts der Arbeitnehmer,
in JR 1951, 449 ff.
- ders. Erläuterungen zu dem Gesetz über die
Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den
Aufsichtsräten und Vorständen der
Unternehmen des Bergbaus und der Eisen
und Stahl erzeugenden Industrie,
Berlin 1952
- Krause, H.: Gesellschaftsbeschluß und Abstimmung:
Ihre Rechtsnatur und Behandlung,
Diss. Marburg 1937
- Krause, Hermann: Schweigen im Rechtsverkehr,
Marburg 1933

- Kronstein, Heinrich: Die abhängige juristische Person,
München, Berlin, Leipzig, 1931
- ders. Rechtsauslegung im wertgebundenen
Recht,
Karlsruhe 1957 = Ausgewählte Schriften
S. 69 ff.
Karlsruhe 1962
- Kronstein/Claussen: Publizität und Gewinnverteilung
im neuen Aktienrecht,
Frankfurt/Main 1960
- Krückmann, Paul: Die materielle Urteilstwirkung,
in Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß,
herausgegeben von Schultzenstein und
Vierhaus, Bd. 47, S. 1 ff.
Berlin 1918
- Kunze, Otto: Die gesetzliche Regelung der Mitbestim-
mung in den Montan-Obergesellschaften,
in Arbeit und Recht 1956 S. 225 ff.
- Laband: Staatsrecht des Deutschen Reiches,
Bd. 1, 5. Aufl.,
Berlin 1911
- Lange, Heinrich: Studienbuch:
BGB Allgemeiner Teil,
München und Berlin 1955
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960
- Lehmann, Heinrich: BGB Allgemeiner Teil,
12. Aufl.,
Berlin 1960
- Löwenthal, Martin: Neues zur Staatsgerichtsbarkeit,
in RuPrVBl. 51, 748
- Marsilius, Georg: Das Weisungsrecht der Hauptversammlung
an den Vorstand der Aktiengesellschaft,
in DAktG 1961 S. 278 ff.
- Martens, Wolfgang: Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches
Handeln, in Jus 1962, S. 245 ff.
- Matzke: Abreden über die Bestellung von Auf-
sichtsratsmitgliedern bei der GmbH,
in RdW 1941, S. 288
- Maunz-Dürig: Kommentar zum Grundgesetz,
München, Berlin 1961

- Meilicke, Heinz: Der Anspruch des Aktionärs auf den Reingewinn, in DAKtG 1959, S. 13 ff
- Merkel, Adolf: Juristische Enzyklopädie, 5. Aufl., Berlin 1913
- Mestmäcker, Ernst-Joachim: Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958
- Möhring, Philipp: Mitbestimmungsrecht und Abstimmungsrecht, in MDR 1951, 512 ff.
- Möhring-Schwartz: Satzungsgestaltung nach neuem Aktienrecht, Berlin 1938
- v. Morr, J. M.: Adreßbuch der Direktoren und Aufsichtsräte, Berlin, 1960
- Müller, Horst-Joachim: Subjektive und objektive Auslegungstheorie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in JZ 1962, S. 741 ff.
- Müller-Lehmann: Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz Bergbau und Eisen, Heidelberg 1952
- Natzel, Benno: Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern, insbesondere Arbeitnehmervertretern, in DAKtG 1959, S. 93 ff.
- ders. Zur Änderung des Aktien- und Mitbestimmungsrechts, in Betrieb 1957, S. 748 ff.
- Neflin, Hermann: Die Verweigerung der Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat einer AG und deren Rechtsfolgen, in NJW 1959, S. 1666
- Neuloh, Otto: Die deutsche Betriebsverfassung, Tübingen 1956
- ders. Der neue Betriebsstil, Tübingen 1960
- Neumann-Duesberg: Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1960
- Oeckle, Albert: Taschenbuch des öffentlichen Lebens, Bonn 1961

- Palandt:** Kommentar zum Bürgerlichen Recht,
22. Aufl.,
München und Berlin 1963
- Peters, Egbert:** Die Erzwingbarkeit vertraglicher
Stimmrechtsbindungen,
in AcP, Bd. 156, S. 311 ff.
- Pfeiffer, Alfred:** Die besitzrechtliche Stellung der Organe
juristischer Personen,
Diss. Nürnberg 1954
- Potthoff, Erich:** Der Kampf um die Montanmitbestimmung,
Köln-Deutz 1957
- Preuß, Hugo:** Über Organpersönlichkeit, in Schmollers
Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung
und Volkswirtschaft im Deutschen Reich,
26. Jahrgang, 2. Heft, S. 103 ff (557 ff),
Leipzig 1902
- ders.** Stellvertretung oder Organschaft,
Eine Replik,
in Dogm. J. Bd. 44 S. 429 ff.
- Raiser, Ludwig:** Rechtsfragen der Mitbestimmung, in
Arbeitsgemeinschaft für Forschung des
Landes Nordrhein-Westfalen Heft 20
- Rathenau, Walther:** Vom Aktienwesen.
Eine geschäftliche Betrachtung,
Berlin 1918
- Regelsberger, Ferdinand:** Pandekten, Systematisches Handbuch
der Deutschen Rechtswissenschaft,
Leipzig 1893
- Reichsgerichtsrätekommentar** zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
10. und 11. Aufl.,
Berlin 1960
IV. Bd. 1. Teil,
Bearbeiter Georg Scheffler, Hans
Koeniger
- Reinhardt, Rudolf:** Privates Unternehmen und öffentliches
Interesse,
in Festschrift für Alfred Hueck,
Beiträge zum Arbeits-, Handels- und
Wirtschaftsrecht,
München, Berlin 1959

- Ritter, Johann und
Ritter, Karl: Kommentar zum Aktiengesetz,
2. Aufl.,
Berlin und München 1939
- Roebel, Walter: Vorstände und Aufsichtsräte von
Berggesellschaften,
Wirtschaftsnachrichten, Düsseldorf
- ders. Vorstände und Aufsichtsräte von
Stahlgesellschaften,
Wirtschaftsnachrichten, Düsseldorf
- Rosenberg, Leo: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts,
8. Aufl.,
München und Berlin 1960
- v. Ruckteschell, Ingo: Der Arbeitsdirektor nach dem Montan-
Mitbestimmungsrecht und das System
des Aktienrechts,
Diss. Kiel 1956
- Rumpf, Walter: Vorstand und Aufsichtsrat im alten und
neuen Aktienrecht,
Diss. Frankfurt/Main 1939
- Sabel, Anton: Zur Mitbestimmung in den Holding-
Gesellschaften, in Bulletin des Presse und
Informationsamtes der Bundesregierung
vom 12. 6. 1956 Nr. 105 S. 1036
- Sack, Hans-Werner: Das Mitglied eines mehrgliedrigen
Vorstands in der Aktiengesellschaft,
Diss. Köln 1955
- Schantz, A.: Das subjektive Recht,
Berlin 1931
- Schlegelberger, Franz: Gesetz über die Angelegenheiten der
Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kommentar,
7. Aufl.,
Köln und Berlin 1956
- Schlegelberger-Hildebrandt: Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
1. Bd.,
Berlin u. Frankfurt/Main 1960
- Schlegelberger-Quassowski: Kommentar zum Aktiengesetz,
3. Aufl.,
Berlin 1939
- Schmidt, Albert: Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft,
Diss., Tübingen 1939

- Scholz, Franz: Kommentar zum GmbH-Recht,
4. Aufl.,
Köln 1960
- Schornstein, Hans-J.: Organpersönlichkeit und Organkompetenz,
Eine dogmengeschichtliche und rechts-
dogmatische Untersuchung, in Bonner
rechtswissenschaftliche Abhandlungen,
Heft 28,
Bonn, Köln 1933
- Schuler, Hans: Die Entlastung des Vorstands und
Aufsichtsrats
in DAktG 1960, S. 1 ff.
- Schulte, Heinz: Der Vorstand nach neuem Aktienrecht,
Diss. Köln 1939
- Schultzenstein, M.: Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von
Handlungen oder Unterlassungen und
Prozeßfähigkeit,
in Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß
Bd. 35 S. 475 ff.
- Schwantag, Karl: Aktiengesellschaft in wirtschaftlicher
Hinsicht, in Handwörterbuch der Sozial-
wissenschaften S. 151 ff.
- Schwarz, H.: Das Verhältnis von Vorstand, Aufsichtsrat
und Hauptversammlung nach dem neuen
Aktienrecht,
Diss. Köln 1940
- Sohm, Rudolf: Kirchenrecht,
Leipzig 1923
- Sommerfeld, E.: Verträge über die Ausübung des Stimm-
rechts von Aktien,
Diss. Jena 1930
- Spieker, Wolfgang: Handbuch der Aufsichtsräte, Bd. I,
Köln 1958
- ders. Der Aufsichtsrat der mitbestimmten
Montan GmbH,
Köln 1960
- Spindler, Gert: Partnerschaft statt Klassenkampf,
Stuttgart und Köln 1954
- Staub-Pinner: Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
14. Aufl.,
Berlin und Leipzig 1932

- v. Staudinger: Kommentar zum BGB,
Bd. I erläutert von Brändel und Coing,
Berlin 1957
- Stein-Jonas-Schönke: Kommentar zur ZPO,
18. Aufl.,
Tübingen 1956
- Teichmann-Koehler: Kommentar zum Aktiengesetz,
3. Aufl.,
Heidelberg 1950
- Tessin, Claus: Rechtsvergleichende Darstellung der
Verfassung einer Aktiengesellschaft
nach deutschem und englischem Recht,
Diss. Hamburg 1956
- Theisen: Stimmrechtsverträge und deren
praktische Wirkung,
Diss. Köln 1956
- Thoma, Richard: Die juristische Bedeutung der grund-
rechtlichen Sätze der Deutschen
Reichsverfassung im allgemeinen, in
Nypperdey, Grundrechte und Grund-
pflichten der Reichsverfassung,
Berlin 1929
- Thoma/Anschütz: Handbuch des Deutschen Staatsrechts,
Bd. 2 S. 610 ff.:
Das System der subjektiven öffentlichen
Rechte und Pflichten,
Tübingen 1932
- Throm, Wilhelm: Musterfall Bochumer Bergbau,
in FAZ vom 19. 11. 1959 (Nr. 268 S. 13)
- v. Tuhr, Andreas: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, Bd. II, 1. Hälfte,
München und Leipzig 1914
- v. Turegg-Kraus: Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
4. Aufl.,
Berlin 1962
- Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts,
Bericht der Studienkommission des
Deutschen Juristentages,
Tübingen 1955
- Vogel, Peter: Die Entsendung von Aufsichtsratsmitglie-
dern nach § 88 AktG,
Diss. München 1939

- Wagner, Hellmuth: Die Handlungs- und Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrats, in BB 1957 S. 713 ff.
- Warrikoff, Alexander: Mitbestimmungsrecht in Konzernen, Diss. Frankfurt/Main 1959
- Weddigen-Voigt: Zur Theorie und Praxis der Mitbestimmung, in Schriftenreihe des Vereins für Sozialpolitik Bd. 24/I Berlin 1962
- Wieczorek, Bernhardt: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. IV Teil 1 und 2, Berlin 1958
- Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Aufl., Düsseldorf 1870
- Wolff, Hans Julius: Organschaft und juristische Person, Bd. 1: Juristische Person und Staatsperson Berlin 1933
Bd. 2: Theorie der Vertretung Berlin 1934
- Würdinger, Hans: Aktienrecht, Eine systematische Darstellung, Karlsruhe 1959
- Zluhan: Abstimmungsvereinbarungen des privaten Gesellschaftsrechts in AcP Bd. 128 S. 62 — 87 und 257 — 308

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für civilistische Praxis (Bd., Seite)
AEV	Anteilseignervertreter
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. Jan. 1937
Ann. DR	Annalen des Deutschen Reiches (Jahrgang, Seite)
ANV	Arbeitnehmervertreter
AR	Aufsichtsrat
ArbuR	Arbeit und Recht (Jahr, Seite)
BArbBl	Bundesarbeitsblatt (Jahr, Seite)
BB	Der Betriebsberater (Jahr, Seite)
Betr.	Betrieb (Jahr, Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof in Zivilsachen (Bd., Seite)
DAktG	Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen (Jahr, Seite)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr, Seite)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Jahr, Seite)
Dogm.J.	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts (Bd., Seite)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr, Seite)
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung (Jahr, Spalte)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung (Erscheinungstag, Seite)
FGG	Reichsgesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit vom 17. 5. 1898
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. 4. 1892
GmbHR	GmbH-Rundschau (Jahr, Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897
JR	Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
LZ	Leipziger Zeitung (Jahr, Seite)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
RG	Reichsgericht
RGZ	Reichsgericht in Zivilsachen (Bd., Seite)
RdW	Recht der Wirtschaft (Jahr, Seite)
R u Pr VBl	Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt (Bd., Seite)
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht (Jahr, Seite)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Bd., Seite)

Rechtsstellung und Wahlverfahren des elften Mannes in den Aufsichtsräten der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie.

Einführung

Die Rechtsstellung des sogenannten elften Mannes in den Aufsichtsräten der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie¹⁾, bei Gesellschaften mit einem Nennkapital von mehr als zwanzig Millionen Deutsche Mark der fünfzehnte, bei einem Nennkapital von mehr als fünfzig Millionen Deutsche Mark und jeweils entsprechender Satzungsbestimmung der einundzwanzigste Mann²⁾, ist von dem Gesetzgeber in dem sogenannten Mitbestimmungsgesetz vom 21. Mai 1951³⁾ in besonderer Weise ausgestaltet worden. Zwar ist nach dem Aktiengesetz vom 30. Januar 1937⁴⁾ ebenfalls eine ungerade Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern, wenn durch drei teilbar, möglich und fünfzehn Aufsichtsratsmitglieder für Gesellschaften mit einem Nennkapital von über zwanzig Millionen Deutsche Mark als Höchstzahl von dem Gesetz festgesetzt (§ 86 AktG), doch mißt das Gesetz diesen Aufsichtsratsmitgliedern keine besondere Bedeutung bei, hat keine besonderen Anforderungen für ihre Wählbarkeit und kein besonderes Verfahren für ihre Wahl aufgestellt⁵⁾.

¹⁾ Der Einfachheit halber wird im Folgenden immer nur von dem elften Mann gesprochen; diese Bezeichnung hat sich in der Literatur durchgesetzt; vgl. Boldt § 8 Anm. 1.

²⁾ siehe § 9 MitbG.

³⁾ voller Wortlaut: Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (BGBl. 1951 I, 347); das Gesetz ist abgeändert worden durch Gesetz vom 7. August 1956 BGBl. I S. 707) und durch das Gesetz vom 15. Juli 1957 (BGBl. I S. 714);

⁴⁾ BGBl. 1937 I, 107, ber. 588, 1140.

⁵⁾ Einen sog. elften Mann gab es allerdings nach 1945 während der Zeit der North German Iron and Steel Control schon in den Unternehmen der Eisen- und Stahlindustrie, die nach der MRVO Nr. 78 entflochten wurden. Der elfte Mann im Aufsichtsrat war der Vertreter der Treu-

Nach dem Mitbestimmungsgesetz wird demgegenüber für den elften Mann eine Sonderstellung geschaffen⁶⁾, die durch die besondere gesetzliche Regelung der §§ 4 Abs. 1, c und Abs. 2, 8 und 11 Abs. 3 zum Ausdruck kommt. Diese Sonderstellung und insbesondere das in § 8 MitbG ausführlich festgelegte Wahlverfahren sollen im folgenden untersucht werden.

handverwaltung, die später mit den Aufgaben betraut wurde, die Umgestaltung der gesamten Eisen- und Stahlindustrie vorzubereiten, siehe dazu insbes. Potthoff: Der Kampf um die Montanmitbestimmung, S. 48.

⁶⁾ Hueck: Gesellschaftsrecht 1960, S. 139;

Erster Abschnitt:

Die Rechtsstellung des elften Mannes nach dem Mitbestimmungsgesetz

A. Bestimmung der Rechtsstellung

I. Die gesetzlichen Grundlagen

Die Rechtsstellung des elften Mannes im Aufsichtsrat der Unternehmen des Bergbaus, der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie ergibt sich zunächst aus seiner Stellung als Aufsichtsratsmitglied aus den §§ 86 bis 100 AktG, die für die Aktiengesellschaft unmittelbar, für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die bergrechtliche Gewerkschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit sinngemäß Anwendung finden, § 3 Abs. 2 MitbG¹⁾ ²⁾). Die Rechtsstellung des elften Mannes wird darüber hinaus in dem Mitbestimmungsgesetz festgelegt. In § 4 sind die Wählbarkeitsvoraussetzungen, in § 8 das besondere Wahlverfahren und in § 11 Abs. 3 MitbG das besondere Abberufungsverfahren bestimmt. Diese Vorschriften begründen gegenüber der Rechtsstellung der übrigen Aufsichtsratsmitglieder für den elften Mann eine Sonderstellung innerhalb des AR³⁾. Die Bildung dieser Sonderstellung bezweckt einen bestimmten Rechtserfolg. Von dem Gesetz wird er nicht ausgesprochen.

Die Vorstellungen des Gesetzgebers über den elften Mann, seine Rechtsstellung innerhalb des Aufsichtsrats und seine ihm besonders auferlegten gesetzlichen Pflichten lassen sich nur durch eine Untersuchung und nähere Bestimmung der einzelnen den elften Mann betreffenden Vorschriften feststellen.

¹⁾ für die GmbH, vgl. dazu insbes. Spieker S. 9 ff.; weiterhin Boldt § 3 Anm. 3 a u. b; Kötter § 3 insbes. Anm. 6; Müller-Lehmann § 3, A;

²⁾ für die Berggewerkschaft Boldt § 3 A. 4 a u. b; Kötter § 3 insbes. A 6; Müller-Lehmann § 3, B.

³⁾ Kötter § 8 A 1.

1. Die Wählbarkeitsvoraussetzungen des § 4 Abs. 2 MitbG.

Die Wählbarkeitsvoraussetzungen des § 4 Abs. 2 MitbG sind negativer Art. Es wird bestimmt, was die weiteren Mitglieder und damit auch der elfte Mann nicht sein dürfen. Eine positive Bestimmung der Eigenschaften findet sich in dem Gesetz auch nicht an anderer Stelle. Lediglich die Fassung des nicht zum Gesetz gewordenen § 7 des Referenten- und Regierungsentwurfs⁴⁾ hatte die notwendigen Fähigkeiten des elften Mannes noch neben den negativen Wahlvoraussetzungen positiv umschrieben. Sie bestimmte, daß er allgemeines Vertrauen besitzen, sich im wirtschaftlichen Leben bewährt haben, möglichst besondere Erfahrungen in dem Wirtschaftszweig aufweisen und seiner Persönlichkeit nach geeignet sein solle, bei Meinungsverschiedenheiten auszugleichen⁵⁾.

Wenn der Gesetzgeber diese positiven Qualifikationsmerkmale nicht mit in den Gesetzestext aufgenommen hat, so bedeutet dies nicht, daß er diese Vorstellungen über die Person des elften Mannes aufgegeben hätte. Der Verzicht auf eine solche Regelung sollte lediglich dazu dienen, die Wahl des elften Mannes zu erleichtern, die durch das überaus komplizierte Wahlverfahren des § 8 bereits schwierig genug geworden ist und durch weitere starre Wählbarkeitsvoraussetzungen noch erschwert worden wäre⁶⁾. Zudem sind diese Vorstellungen dem Grunde nach bereits in den Negativvoraussetzungen des § 4 Abs. 2 enthalten. In § 8 gibt der Gesetzgeber dem Wahlorgan durch das Recht der Ablehnung des Wahlvorschlags aus wichtigem Grunde auch die Möglichkeit, diese Vorstellungen zu beachten⁷⁾. Zur Verdeutlichung der gesetzgeberischen Vorstellungen kann jedenfalls auch heute noch § 7 des Referenten- und Regierungsentwurfes herangezogen werden, wenn es gilt, die Rechtsstellung des elften Mannes näher zu bestimmen.

⁴⁾ vgl. die Materialien bei Höcker-Johannsen IV. Ref.-Entwurf, V. Regierungsentwurf und Kötter, Anhang I. Nr. 2 Ref.-Entwurf (S. 178 ff.), Nr. 3 Regierungsentwurf (S. 183 ff.); siehe auch Boldt § 8 Anm. 2.

⁵⁾ § 7 des Referenten- und Regierungsentwurfes ging auf die Vorstellungen der Sachverständigen und Vertreter des DGB zurück, die die Richtlinien vom 27. 1. 51 aufstellten. Allerdings haben die Verfasser der Richtlinien die schriftliche Festlegung dieser Qualifikation nicht für erforderlich gehalten und sie daher auch nicht in den Richtlinien aufgenommen; Boldt § 8 A. 2.

⁶⁾ vgl. Kötter § 4 Anm. 7, der diesen Verzicht begrüßt.

⁷⁾ vgl. dazu auch Kötter a.a.O.

a) § 4 Abs. 2, Buchstabe a.

Der elfte Mann darf kein Repräsentant einer Gewerkschaft oder einer Vereinigung der Arbeitgeber oder einer Spitzenorganisation dieser Verbände sein oder zu diesen in einem ständigen Dienst- oder Geschäftsbesorgungssverhältnis stehen. Die Eigenschaft des Repräsentanten ist nicht leicht bestimmbar. Nicht darunter zu verstehen ist jedenfalls der rechtstechnische Begriff des Repräsentanten in der bergrechtlichen Gewerkschaft⁸⁾. Der Begriff des Repräsentanten soll die Personen erfassen, die auf Grund einer besonderen Stellung die Verbände im öffentlichen Leben zur Geltung zu bringen pflegen und ihr Gesicht bestimmen⁹⁾. Der Kreis dieser Personen geht über den Kreis der Vorstandsmitglieder dieser Verbände hinaus, erfaßt aber andererseits nicht jedes Verbandsmitglied. Es ist hier auf den Einzelfall abzustellen. Ein sicheres Zeichen für die Bejahung der Repräsentanteneigenschaft wird immer sein, ob die Gewerkschaft oder der Arbeitgeberverband die Auffassung der Person intern als eigene anerkannt und sich von dieser Person als vertreten ansieht¹⁰⁾.

In § 4 Abs. 2 a werden aber nicht nur die Repräsentanten für die Wahl des elften Mannes ausgeschlossen, sondern auch die Personen, die in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis, einem ständigen Dienst-¹¹⁾ oder Geschäftsbesorgungsverhältnis¹²⁾ zu den Verbänden stehen. Der Kreis der Repräsentanten wird meist mit dieser letztgenannten Personengruppe übereinstimmen¹³⁾ ¹⁴⁾.

⁸⁾ Kötter § 4 Anm. 9; Boldt § 4 Anm. 5 a, aa;

⁹⁾ Müller-Lehmann § 4 Anm. 12.

¹⁰⁾ Kötter § 4 Anm. 9; v. Ruckteschell: Der Arbeitsdirektor, S. 89;

¹¹⁾ Das Dienstverhältnis ist nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen zu bestimmen, also ein Vertrag, der eine Person in einen Betrieb organisatorisch eingliedert, zu fremdbestimmter Arbeit verpflichtet und eine soziale Abhängigkeit begründet; vgl. Boldt § 4 Anm. 5 a; Hueck-Nipperdey § 21 (S. 104 ff.), insbesondere VII (S. 120).

¹²⁾ Der Meinungsstreit über den Begriff der Geschäftsbesorgung im BGB, vgl. Palandt § 662 Anm. 3 mit weiteren Nachweisen: einheitlicher Begriff in §§ 662, 677 und 675 oder engerer Begriff in § 675 BGB, interessiert hier nicht; in § 4 Abs. 2 a MitbG ist die selbständige Tätigkeit und Stellung im Gegensatz zu dem abhängigen Dienstverhältnis im arbeitsrechtlichen Sinne gemeint; siehe auch Boldt § 4 Anm. 5 a, der allerdings auf §§ 662 ff. und 675 BGB verweist.

¹³⁾ so auch Kötter § 4 Anm. 9.

¹⁴⁾ vgl. zu der Auslegung des § 4 Abs. 2 Buchst. a, auch Horstmann: Stärke, Zusammensetzung und Bestellung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft im Geltungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes S. 37 ff.

b) § 4 Abs. 2 Buchstabe b.

Der elfte Mann darf im Laufe des letzten Jahres vor der Wahl nicht eine unter Buchstabe a bezeichnete Stellung innegehabt haben.

Diese Frist ist zwingend. Sie ist auf den Tag der Wahl abzustellen¹⁵⁾. Die Berechnung erfolgt analog § 188 Abs. 2 BGB¹⁶⁾. Das Gesetz geht unwiderlegbar davon aus, daß noch ein Jahr lang persönliche Beziehungen zu dem Verbandsbestehen, die ein selbstständiges, unbeeinflußbares Handeln nicht zulassen.

c) § 4 Abs. 2 Buchstabe c.

Der elfte Mann darf in den Unternehmen nicht als Arbeitnehmer oder Arbeitgeber tätig sein. Die Abgrenzung von Arbeitnehmer und Arbeitgeber kann dahingestellt bleiben. Die Zugehörigkeit zu den beiden Personengruppen ist ein absolutes Wahlhindernis.

Der Kreis der Unternehmen in § 4 Abs. 2 Buchstabe c bestimmt sich wie der Bereich des Mitbestimmungsrechts nach § 1 MitbG¹⁷⁾. Damit sind nicht nur die Arbeitnehmer oder Arbeitgeber des betreffenden Unternehmens, sondern generell alle Personen ausgeschlossen, die in den Unternehmen des Bergbaus, der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie beschäftigt sind, soweit das Mitbestimmungsgesetz zur Anwendung kommt. Daß der Plural des Unternehmensbegriffes in dem Gesetz auf einem Redaktionsversehen beruhe, wie Kötter¹⁸⁾ annimmt, erscheint wenig wahrscheinlich, wenn man bedenkt, daß der Entwurf mehrmals in diesem Punkt abgeändert wurde, das Problem also offen lag, und der Plural schließlich über die Fassung des Zwanziger-Ausschusses¹⁹⁾²⁰⁾, der sich eingehend mit der Materie beschäftigt hatte, in das Gesetz Eingang gefunden hat. Zudem zieht selbst Kötter daraus keine Folgerungen und vertritt die hier gebildete Auffassung²¹⁾.

¹⁵⁾ Kötter § 4 Anm. 11; Boldt § 4 Anm. 5 b; Müller-Lehmann § 4 Anm. 17.

¹⁶⁾ Kötter a.a.O.; Horstmann a.a.O. S. 43.

¹⁷⁾ Boldt § 4 Anm. 5 c; Müller-Lehmann § 4 Anm. 18; Kötter § 4 Anm. 14; a. A.: Fitting BARb.Bl. 1951, 203 ff. (205).

¹⁸⁾ Kötter § 4 Anm. 14; sich ihm anschließend auch Horstmann a.a.O. S. 44.

¹⁹⁾ Ausschuss für Arbeit (Bundestagsausschuß).

²⁰⁾ siehe den Text des Entwurfes bei Kötter Anhang, Materialien des Gesetzes, Nr. 6 und das Kurzprotokoll über die gemeinsame Sitzung des 13. und 20. Ausschusses vom 12. 3. 1951 S. 8.

²¹⁾ Kötter a.a.O. und zum gleichen Ergebnis kommend Horstmann a.a.O.

d) § 4 Abs. 2 Buchstabe d.

Der elfte Mann darf an dem Unternehmen nicht „wirtschaftlich wesentlich interessiert sein“. Diese Wahlvoraussetzung ist schwer zu umgrenzen, da ihre nähere Bestimmung von einem relativen Begriff abhängt. Sie ist von großer Bedeutung für die Rechtswirklichkeit, weil vorzugsweise gerade solche Persönlichkeiten in den Aufsichtsrat gewählt werden, die durch große wirtschaftliche Interessenbeziehungen mit den betreffenden Unternehmen verbunden sind²²⁾.

Die Frage nach dem Vorliegen eines wirtschaftlich wesentlichen Interesses läßt sich nur zutreffend beantworten, wenn man von den individuellen wirtschaftlichen Verhältnissen des elften Mannes ausgeht. Von seinem Standpunkt aus sind die wirtschaftlichen Beziehungen zu betrachten. Objektive Wertskalen sind irreführend. Seine persönliche Unabhängigkeit steht in Frage²³⁾.

Ein allgemeines wirtschaftliches Interesse an dem Unternehmen genügt nicht, um die Person für den Aufsichtsratssitz des elften Mannes auszuschließen. Das Interesse muß wesentlich sein. Kötter²⁴⁾ sieht dieses Maß als gegeben an, wenn das eigene wirtschaftliche Interesse mit der Prosperität des Unternehmens identifiziert wird. Fitting²⁵⁾ und Boldt²⁶⁾ betonen neben der wirtschaftlichen Verbundenheit mit dem Gedeihen des Unternehmens auch die Abhängigkeit von wirtschaftlichen Beziehungen zu dem Unternehmen²⁷⁾.

Diese Umschreibungen sind zutreffend. Eine nähere Bestimmung läßt sich nur durch eine möglichst umfassende Betrachtung aller wirtschaftlichen Beziehungen erreichen, die dann allein im Einzelfall zu einer Abgrenzung führen. Zu einer Klarstellung kann die Beantwortung der Frage beitragen, ob die Person eine wesentliche Vermögenseinbuße zu erwarten hat, wenn die geschäftlichen Beziehungen zu dem Unternehmen gestört werden würden. Unter diesen Personenkreis fallen Aktionäre mit kleineren Nennbeträgen in der Regel nicht, es sei denn, daß ihr gesamtes Vermögen und ihre wirtschaftliche Existenzgrundlage von diesen

²²⁾ vgl. zu der Zusammensetzung der Aufsichtsräte: Walther Rathenau S. 16; Karl Schwantag S. 147; Mestmäcker S. 91, neuerdings Cassier S. 128 mit weiteren Literaturhinweisen.

²³⁾ Müller-Lehmann § 4 Anm. 24 c.

²⁴⁾ Kötter § 4 Anm. 19.

²⁵⁾ Fitting BARb.Bl. 51, 205.

²⁶⁾ Boldt § 4 Anm. 5 d.

²⁷⁾ so auch in ähnlicher Form Horstmann a.a.O. S. 48.

Werten abhängt²⁸⁾. Etwas anderes dürfte für solche Personen gelten, die durch Lieferanten- und Abnehmerverträge, auch Lizenzen oder laufende Kreditbeziehungen mit dem Unternehmen in engem wirtschaftlichem Kontakt stehen und deren wirtschaftliche Entwicklung von diesen Bindungen spürbar beeinflußt wird. Danach können bei Vorliegen dieser entsprechenden Voraussetzungen insbesondere Großlieferanten und Bankenvertreter von einer Wahl zum elften Mann im Einzelfall ausgeschlossen sein²⁹⁾ ³⁰⁾.

2. Bestellung und Abberufung des elften Mannes im Hinblick auf seine Rechtsstellung.

Die Bestellung des elften Mannes nach § 8 MitbG läßt die Sonderstellung am deutlichsten erkennen. Das besondere Wahlverfahren, das in Abschnitt 2 der Arbeit noch eingehend behandelt wird³¹⁾ gilt nur für den elften Mann. An dem Wahlakt werden beide Sozialpartner zumindest indirekt beteiligt³²⁾. Der Wahlvorschlag für den elften Mann beruht auf dem Übereinkommen der bereits in gleicher Zahl in den Aufsichtsrat gewählten Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter. Dem elften Mann wird damit eine Vertrauensgrundlage geschaffen, die die übrigen nach dem §§ 5 und 6 MitbG gewählten Aufsichtsratsmitglieder nicht besitzen.

Durch dieses Wahlverfahren zeichnet sich der elfte Mann auch vor den beiden anderen, „weiteren“ Mitgliedern aus, für die die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 ebenfalls gelten, die aber nicht nach § 8, sondern den §§ 5 und 6 gewählt werden³³⁾ ³⁴⁾. Diese Sonderstellung wird noch dadurch verstärkt, daß der elfte Mann nicht wie die übrigen Aufsichtsratsmitglieder nach § 11 Abs. 1 bzw. Abs. 2 MitbG in Verbindung mit § 87 Abs. 2 oder § 88 Abs. 4

²⁸⁾ Boldt § 4 Anm. 5 d.

²⁹⁾ so insbes. auch Kötter § 4 Anm. 19.

³⁰⁾ über die Geschäftsbeziehungen der Banken zu den Gesellschaften vgl. auch in anderem Zusammenhang (geschäftliches Eigeninteresse oder uneigennützigte Vertretung der Aktionärsinteressen in der HV) Curt Eduard Fischer: in Zeitschrift für Handelswissenschaftl. Forschung 58, S. S. 28 ff. (34).

³¹⁾ siehe unten S. 51.

³²⁾ vgl. auch dazu v. Ruckteschell a.a.O. S. 95.

³³⁾ zu der Wahl des in § 4 Abs. 1 Buchstabe a bezeichneten weiteren Mitglieds vgl. insbesondere Kötter § 5 Anm. 1.

³⁴⁾ zu der Wahl des in § 4 Abs. 1 Buchstabe b bezeichneten weiteren Mitglieds siehe Kötter § 6 Anm. 27 und 28.

AktG durch Beschluß des Wahlorgans, sondern nur aus wichtigem Grund auf Antrag von drei Aufsichtsratsmitgliedern durch den Beschluß eines Gerichts abberufen werden kann³⁵⁾.

Die Stellung des elften Mannes wird damit unabhängig von der Haupt- bzw. Gesellschafter oder Gewerkenversammlung, also der Kapitalseite, und auch von der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat. Die Arbeitnehmervertreter können lediglich wie die übrigen Aufsichtsratsmitglieder³⁶⁾ bei dem zuständigen Gericht³⁷⁾ einen Antrag auf Abberufung des elften Mannes stellen.

II. Zusammenfassende Betrachtung der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen.

Mit der Sonderstellung des elften Mannes, die durch die im einzelnen untersuchten §§ 4 Abs. 2, 8 und 11 begründet wird, ist bereits unabhängig von einer mit dieser Stellung verbundenen gesetzlichen Aufgaben- und Pflichtenübertragung ein bestimmter Rechtserfolg erreicht: der elfte Mann verhindert die Stimmengleichheit des von Arbeitnehmern und Anteilseignern paritätisch besetzten Aufsichtsrats und bewirkt damit die Funktionsfähigkeit des Organs³⁸⁾.

Den einzelnen, gesetzlichen Bestimmungen liegt darüber hinaus ein einheitliches, sachliches Moment zugrunde: dem elften Mann wird eine unabhängige und insoweit neutrale Stellung von den im Aufsichtsrat vertretenen Gruppen zu begründen gesucht³⁹⁾.

³⁵⁾ vgl. Müller-Lehmann § 11 Anm. 11.

³⁶⁾ Allerdings muß der Antrag immer von mindestens drei Aufsichtsratsmitgliedern eingereicht werden, § 11 Abs. 3 MitbG; eine Erhöhung der Mindestzahl im Fünfzehner-Aufsichtsrat auf 4 und im Einundzwanziger-Aufsichtsrat auf 6 Aufsichtsratsmitglieder, wie Kötter § 11 Anm. 6 fordert, geht über eine Gesetzesauslegung hinaus; wie hier Müller-Lehmann § 11 Anm. 13.

³⁷⁾ Zuständiges Gericht ist das Registergericht, nicht das OLG wie in § 8 Abs. 3 MitbG, da eine ausdrückliche Regelung wie in der vorgenannten Vorschrift im § 11 MitbG fehlt, und das Verfahren seinem Wesen nach ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist, h.M., vgl. Boldt § 11 Anm. 4; Müller-Lehmann § 11 Anm. 16; Kötter § 11 Anm. 6; Fitting BARb.Bl. 51, 206, Anm. 27.

³⁸⁾ Boldt § 8 Anm. 3; siehe dazu insbes. Böhm: Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht der Arbeiter im Betrieb, in Ordo 1951, S. 21 ff. (S. 119); vgl. auch Hueck: Mitbestimmungsrecht und Aufsichtsrat, in Betr. 1951 S. 166 ff. und Boerckel: Die Rechtsstellung der Aufsichtsratsmitglieder von Aktiengesellschaften auf Grund des Mitbestimmungsgesetzes, S. 6 und S. 54.

³⁹⁾ so insbesondere Kötter: Die Bestellung des elften Mitglieds im künftigen Aufsichtsrat, NJW 1951, S. 417 ff.

Diesem Ziel dienen bereits die Wählbarkeitsvoraussetzungen des § 4 Abs. 2, das Wahlverfahren des § 8 und die Beschränkung der Abberufung des elften Mannes nach § 11.

Den elften Mann trifft in dieser seiner besonderen gesetzlichen Stellung auch eine besondere Rechtspflicht. Sie besteht darin, sich bei ernststen Auseinandersetzungen zwischen Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern im Aufsichtsrat vermittelnd einzusetzen. Die Rechtspflicht ergibt sich aus seiner Stellung im Aufsichtsrat und der allgemeinen Pflicht aller Aufsichtsratsmitglieder, das ihnen übertragene Amt auszufüllen und die Belange der Gesellschaft wahrzunehmen⁴⁰⁾. Für den elften Mann bedeutet dies, auch die von dem Gesetzgeber ihm besonders geschaffene, neutrale Mittlerstellung zu nutzen und damit zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern vermittelnd einzugreifen⁴¹⁾. Dieses Ergebnis wird durch § 7 des Referenten- und Regierungsentwurfes bestätigt⁴²⁾. Allerdings wird man die Rechtspflicht auch nicht zu weit ausdehnen dürfen und sie nur auf diesen Konfliktfall zu beschränken haben. Der Besonderheit seiner Stellung liegt nur der Interessengegensatz zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern zugrunde.

Soweit der elfte Mann in Erfüllung dieser besonderen Aufgabe handelt, vertritt er auch das sogenannte Gemeinwohl. Es liegt im Interesse der Allgemeinheit, daß der Arbeitsfrieden zwischen den beiden Sozialpartnern gewahrt wird⁴³⁾. Ein weiterer gesetzlicher Auftrag, daß der elfte Mann darüber hinaus das öffentliche Interesse zu vertreten habe, ist nur in einigen Ansatzpunkten zu finden. Eine Rechtspflicht zur Wahrung öffentlicher Interessen hätte zur Folge, daß der elfte Mann seine Entscheidungen nach volks- und wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten zu treffen habe, etwa wirtschaftspolitische Forderungen nach Wettbewerbsfreiheit oder Preisstabilität berücksichtigen müßte. Für eine echte Interessenvertretung des Gemeinwohls durch den elf-

⁴⁰⁾ Zu den Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder siehe insbesondere Godin-Wilhelmi § 95 Anm. 13; Baumbach-Hueck § 95 Anm. 1; allgemeiner Großkomm. zum AktG (W. Schmidt) § 95 Anm. 1 ff.; auch Boldt § 4 Anm. 10; Kötter § 4 Anm. 20 a und b.

⁴¹⁾ Müller-Lehmann § 4 Anm. 7 und 2; Fitting, Arbeitsrechtsblattei, Mitbestimmung III, A, Unterabschnitt C V a, ders. BArb.Bl. 51, 203 ff. (206).

⁴²⁾ vgl. zu dem Hinweis auf § 7 des Referenten- und Regierungsentwurfes die Ausführungen auf Seite 28.

⁴³⁾ Kötter § 8 Anm. 16 und § 4 Anm. 19; Müller-Lehmann § 8 Anm. 18; vgl. aber auch § 8 Anm. 2, wo sie über den hier abgesteckten Rahmen offensichtlich hinausgehen.

ten Mann fehlt jedoch die notwendige Bestimmtheit eines entsprechenden gesetzlichen Auftrags⁴⁴⁾ 45).

Einen Anhaltspunkt für einen weitergehenden Auftrag dieser Art könnte im Gesetz lediglich in § 4 Abs. 2 Buchstabe d gefunden werden, wenn dort verlangt wird, daß der elfte Mann kein wesentlich eigenes wirtschaftliches Interesse an dem Unternehmen besitzen darf, und man den Grund für diese Regelung darin sähe, daß hierdurch die Voraussetzungen für eine öffentliche Interessenvertretung geschaffen werden sollten. § 4 Abs. 2 Buchstabe d muß jedoch im Zusammenhang mit den Buchstaben a, b und c des Abs. 2 gesehen werden, aus denen der auch Buchstabe d beherrschende Gedanke — die Voraussetzungen für eine neutrale Stellung des elften Mannes im Verhältnis zu den Arbeitnehmern- und Anteilseignervertretern zu schaffen — deutlich zum Ausdruck kommt. § 4 Abs. 2 Buchstabe d hat mithin auch nur den Sinn, für eine erfolgreiche Vermittlerrolle des elften Mannes die notwendige Grundlage zu bilden. Es soll die Gefahr ausgeschlossen werden, daß er in einer angespannten Situation bei gleich stark sich gegenüberstehenden Stimmblocks seine persönlichen wirtschaftlichen Interessen unter Vernachlässigung seiner Vermittlerfunktion zur Geltung bringt⁴⁶⁾.

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich nichts anderes. Die Bundestagsprotokolle lassen erkennen, daß die Vermittlerrolle und neutrale Stellung des elften Mannes für die Gesetzesfassung bestimmend waren⁴⁷⁾.

Zu einer weitergehenden öffentlichen Interessenvertretung fehlen auch dem elften Mann dazu erforderliche Richtlinien oder Bindungen an öffentliche Ämter. Außer den Negativvoraussetzungen des § 4 Abs. 2 MitbG werden keine Anforderungen an die Person des elften Mannes gestellt, noch liegen besondere Weisungen für die Ausübung seines Amtes vor, die eine gleichmäßige Einflußnahme des Gemeinwohls auf die Willensbildung im Aufsichtsrat gestatten würden. Nach § 11 des Regierungs- und Referentenentwurfes⁴⁸⁾ war dies noch über die vorgesehenen

⁴⁴⁾ a.A. scheinbar Müller-Lehmann § 8 Anm. 2, siehe dazu aber auch den Literaturhinweis oben auf S. 34 Fußnote 43.

⁴⁵⁾ so im Ergebnis, nicht speziell für den elften Mann sondern für alle Aufsichtsratsmitglieder in den Montanunternehmen, Boerckel, a.a.O. S. 27-29, 42 u. 46.

⁴⁶⁾ vgl. auch Kisskalt: Die Mitbestimmung im Aufsichtsrat, in Volkswirt 1951, Nr. 33, S. 11 ff. zu § 4 II d MitbG.

⁴⁷⁾ Sabel BT Protokoll, 3. Beratung, 132. Sitzung (10. 4. 1951) S. 5068 ff; Dr. Schöne BT = Protokoll a.a.O. S. 5082.

⁴⁸⁾ siehe Kötter Anhang I, Nr. 2 und 3.

Senate möglich, denen nicht nur eine Funktion bei der Wahl des elften Mannes, § 7 Abs. 3 der genannten Entwürfe, sondern auch eine beratende Tätigkeit in Wirtschaftsfragen zukommen sollten. Der dann erfolgte Ausschluß solcher Senate und damit staatlicher Initiative bei der Willensbildung im Aufsichtsrat der einzelnen Unternehmen spricht ebenfalls dafür, daß das Gesetz den elften Mann nicht zu einer speziellen öffentlichen Interessenvertretung verpflichten will, sondern ihm nur unter nicht verbindlicher, allgemeiner Beachtung der Gesamtwirtschaftslage die Funktion eines Mittlers zwischen den beiden Sozialpartnern übertragen hat⁴⁹⁾.

Diese Mittlerfunktion gibt dem elften Mann gegenüber den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern eine besondere Aufgabe und insoweit eine Sonderstellung, die durch die mehrfach angeführten §§ 4 Abs. 2, 8 und 11 MitbG auch gesetzlich ausgeprägt ist. Sie gibt ihm darüberhinaus aber nicht eine gesonderte Rechtsstellung als Aufsichtsratsmitglied⁵⁰⁾. § 4 Abs. 3 MitbG, der sich ausdrücklich auf alle Aufsichtsratsmitglieder bezieht, stellt den elften Mann den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern gleich. Er hat die gleichen Rechte und Pflichten wie sie. Er ist damit wie diese unabhängig, insbesondere unabhängig von den Sozialpartnern, aber gebunden an die allgemeine Pflichtentstellung eines Aufsichtsratsmitglieds.

B) Die rechtliche Folge dieser Rechtsstellung

I. Der elfte Mann und das Institut des Aufsichtsratsvorsitzenden

Nach § 92 Abs. 1 Satz 1 AktG hat der Aufsichtsrat aus seiner Mitte einen Vorsitz zu wählen. Eine Änderung dieser gesetzlichen Bestimmung ist mit Inkrafttreten des MitbG nicht eingetreten⁵¹⁾. Die Praxis teilt diesen Standpunkt. Die Unternehmen

⁴⁹⁾ Müller-Lehmann § 4 Anm. 7; Boldt § 4 Anm. 3; Möhring in MDR 51, 512 ff. (515).

⁵⁰⁾ Boldt § 8 Anm. 3; Lehmann § 4 Anm. 7; auch Kötter § 4 Anm. 21, 2. Absatz; Möhring MDR 51, S. 512 ff. (515).

⁵¹⁾ vgl. die ausführliche rechtliche Begründung zu dieser Frage bei Kötter in JR 51, 449; siehe auch Kötter § 4 Anm. 20 c; auch Müller-Lehmann § 4 Anm. 28 und § 2 Anm. 27 bejahen diese wohl allgemein h.M., wenn sie auch der Meinung sind, daß das Amt des Aufsichtsratsvorsitzenden in der von dem MitbG erfaßten Unternehmen nur noch auf die bloße Leitung der Geschäfte beschränkt sein könnte.

gehen von der Zulässigkeit der Wahl eines Aufsichtsratsvorsitzenden aus⁵²⁾).

Bedenken aus § 4 Abs. 3 in Verbindung mit § 2 MitbG bestehen bei eingehender Untersuchung dieser Bestimmung nicht. § 4 Abs. 3 soll zum Ausdruck bringen — und insofern ist die Bestimmung rein deklaratorischer Natur —, daß das unterschiedliche Wahlverfahren der Aufsichtsratsmitglieder keinen Einfluß auf die Rechtsstellung im Aufsichtsrat hat. Es ist jedoch nicht beabsichtigt, eine stärkere Gleichstellung der Aufsichtsratsmitglieder einzuführen, als sie das Aktiengesetz bereits verlangt⁵³⁾. Nach dem Aktiengesetz wird die gleiche Rechtsstellung der Aufsichtsratsmitglieder durch die Wahl eines Aufsichtsratsvorsitzenden nicht verletzt, weil der Aufsichtsratsvorsitzende nur die organisatorische Spitze eines Kollegialorgans, der *primus inter pares*, sein soll⁵⁴⁾.

Zum Vorsitzenden des Aufsichtsrats kann jedes Aufsichtsratsmitglied gewählt werden. Der elfte Mann besitzt insoweit keine Sonderstellung⁵⁵⁾. Dies ergibt sich einmal aus der gleichen Rechtsstellung aller Aufsichtsratsmitglieder, die in dem oben angeführten § 4 Abs. 3 MitbG zum Ausdruck kommt, zum anderen steht § 92 Abs. 1 Satz 1 AktG einer Bindung des Amtes an den elften Mann entgegen. § 92 AktG verlangt eine Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden⁵⁶⁾.

Dem Paritätsgedanken, der dem Mitbestimmungsgesetz zugrunde liegt, dürfte es allerdings am meisten entsprechen, wenn der elfte Mann Aufsichtsratsvorsitzender wäre, was jedoch in der Rechtswirklichkeit nur in wenigen Fällen zu finden ist⁵⁷⁾. Die mit diesem Amt verbundene Vertrauensstellung und Zusam-

⁵²⁾ vgl. die Zusammensetzung der Aufsichtsräte in den Montanunternehmen in der Zusammenstellung bei Roebel: Vorstände und Aufsichtsräte von Bergwerksgesellschaften; Vorstände und Aufsichtsräte von Stahlgesellschaften.

⁵³⁾ Kötter § 4 Anm. 20 sieht in § 4 Abs. 3 nur eine historische Reminiszenz im Hinblick auf die in den Aufsichtsrat entsandten Betriebsratsmitglieder nach dem Gesetz über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Aufsichtsräten vom 15. 2. 1922 (RGBl. I, 209).

⁵⁴⁾ Baumbach-Hueck Anm. 2 C. Godin-Wilhelmi § 92 Anm. 3; Schmidt-Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG § 92 Anm. 5; Schlegelberger-Quassowski § 92 Anm. 8; H. Schwarz, Das Verhältnis von Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung nach dem neuen Aktienrecht S. 30.

⁵⁵⁾ Kötter JR 51, 449 ff. (450); Boldt § 4 Anm. 11 b; Kötter § 4 Anm. 20 c; Müller-Lehmann § 2 Anm. 28 und § 4 Anm. 7.

⁵⁶⁾ so Kötter § 4 Anm. 20 a und Fitting BARb Bl. 51, 206 Anm. 22.

⁵⁷⁾ vgl. unten die Ausführungen auf S. 123.

menarbeit mit dem Vorstand, weiterhin die formellen Rechte, die dem Vorsitzenden von Gesetz und Geschäftsordnung eingeräumt werden, bringen ein tatsächliches Gewicht mit sich und geben die Möglichkeit, einen stärkeren Einfluß auf das Unternehmen auszuüben, als mit der Stellung eines Aufsichtsratsmitglieds sonst verbunden ist. Das beabsichtigte Gleichgewicht der Kräfte kann nach der Seite gestört werden, die den Vorsitzenden gestellt hat⁵⁸⁾.

Kommt die Wahl des nach dem Aktiengesetz von 1937 zwingend vorgeschriebenen Aufsichtsratsvorsitzenden nicht zustande, so steht dieses Amt nicht ohne weiteren Bestellungsakt dem elften Manne zu. Dazu wäre eine besondere gesetzliche Regelung erforderlich.

Die Rechtslage ist in diesem Falle sehr umstritten. Nach der Auffassung von Schlegelberger-Quassowski⁵⁹⁾ und Schmidt-Meyer-Landrut⁶⁰⁾ haben alle Aufsichtsratsmitglieder die Rechte und Pflichten des Aufsichtsratsvorsitzenden gemeinsam; die Hauptversammlung kann jedoch den Aufsichtsrat abberufen und einen neuen bestellen, um diesen wenig vorteilhaften Zustand zu beenden. Baumbach-Hueck⁶¹⁾ und Godin-Wilhelmi⁶²⁾ wollen das Wahlrecht für den Aufsichtsratsvorsitzenden der Hauptversammlung geben. Ritter⁶³⁾ ist der Ansicht, daß in diesem Falle das Gericht in Analogie zu §§ 76, 89 AktG, 29 BGB den Vorsitzenden zu bestellen habe.

Dieser letzten Auffassung ist zumindest für die von dem Mitbestimmungsgesetz betroffenen Unternehmen beizupflichten⁶⁴⁾. Die beiden ersten Auffassungen sind mit dem Mitbestimmungsgesetz nicht vereinbar. Eine Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder ist nach dem Mitbestimmungsgesetz nur in der Form des § 11 zulässig. Eine Wahl durch die das Kapital vertretende Hauptversammlung unter Ausschaltung der Arbeitnehmerver-

⁵⁸⁾ so im Grunde auch Kötter § 4 Anm. 20 c.

⁵⁹⁾ Schlegelberger-Quassowski § 92 Anm. 3

⁶⁰⁾ Schmidt-Meyer-Landrut in Großkomm. z. AktG. § 92 Anm. 1 a und § 86 Anm. 15.

⁶¹⁾ Baumbach-Hueck, § 92 Anm. 2 A.

⁶²⁾ Godin-Wilhelmi § 89 Anm. I.

⁶³⁾ Ritter § 92 Anm. 3 a; so auch speziell für die von dem Mitbestimmungsgesetz betroffenen Unternehmen Müller-Lehmann § 2 Anm. 30.

⁶⁴⁾ wie hier in gedrängter Darstellung Kötter § 2 Anm. 7 b, α; ausführlicher Kötter in JR 51, 449 ff. (451); Boldt § 4 Anm. 11 b lehnt diese Auffassung mangels gesetzlicher Regelung ab und sieht nur die Möglichkeit wiederholender Wahlen, die bei der ungeraden Zahl der Aufsichtsratsmitglieder einmal zum Erfolg führen müßten.

treter ist ein Verstoß gegen den Paritätsgedanken. Das Registergericht wird bei diesen angespannten Verhältnissen in aller Regel den elften Mann zum Aufsichtsratsvorsitzenden bestellen müssen, da die Bekleidung des Amtes durch ihn dem Paritätsprinzip am meisten entspricht⁶⁵⁾.

II. Der elfte Mann und der Stichentscheid im Aufsichtsrat

Der Stichentscheid, d.h. die Verdoppelung der Stimme bei Stimmengleichheit, muß auch nach Einführung des Mitbestimmungsgesetzes in den betroffenen Unternehmen zulässig sein⁶⁶⁾.

Das Mitbestimmungsgesetz versucht durch die zwingend vorgeschriebene ungerade Zahl der Aufsichtsratsmitglieder (§ 4 Abs. 1 und § 9 MitbG), die Aktionsunfähigkeit des Aufsichtsrats zu vermeiden⁶⁷⁾. Eine Lähmung des Aufsichtsrats kann jedoch im Falle eines fehlenden Stichentscheides auch nach dem Mitbestimmungsgesetz eintreten, wenn die ungerade Gesamtstimmenzahl in irgend einer Form gestört wird, sei es, daß der Aufsichtsrat nicht vollständig besetzt ist, oder ein oder mehrere Mitglieder an der Sitzung oder einzelnen Beschlußfassung nicht teilnehmen. Durch den Stichentscheid wird die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats auch in dieser Situation garantiert. Der Stichentscheid führt damit die ratio legis der §§ 4 Abs. 1 und 8 MitbG weiter. Er ist mit dem Mitbestimmungsgesetz vereinbar.

Der Kollegialcharakter des Aufsichtsrats wird durch den Stichentscheid ebenfalls nicht verletzt. Dies ist die fast einhellige Auffassung in der Literatur zum Aktienrecht⁶⁸⁾. Sie hat sich schon vor Inkrafttreten des Mitbestimmungsgesetzes gebildet. Die Einführung des Mitbestimmungsgesetzes änderte die Problemstellung in dieser Hinsicht nicht.

⁶⁵⁾ so auch Kötter in JR 51, 449 ff. (451).

⁶⁶⁾ Nicht in dieser allgemeinen Form, sondern speziell für den Aufsichtsratsvorsitzenden, seinen Stellvertreter und den elften Mann bejahend Kötter Anm. 7 d zu § 2, weiterhin § 4 Anm. 20 a und derselbe in JR 51, 449 (451); Boldt § 4 Anm. 11 c; ablehnend für den Aufsichtsratsvorsitzenden und seinen Stellvertreter Müller-Lehmann § 4 Anm. 28 und § 2 Anm. 33; Spieker, Der Aufsichtsrat der mitbestimmten Montan-GmbH, S. 76 bejaht den Stichentscheid nur für den elften Mann.

⁶⁷⁾ vgl. oben S. 33

⁶⁸⁾ Schmidt - Meyer-Landrut in Großkomm. z.AktG § 92 Anm. 7; Schlegelberger-Quassowski § 92 Anm. 17; Teichmann-Koehler § 92 Anm. 1 b; Baumbach-Hueck § 92 Anm. 3 B; a.A. allerdings Godin-Wilhelmi § 92 Anm. 3.

Aus § 4 Abs. 3 MitbG bestehen ebenfalls keine Bedenken gegen die Zulässigkeit des Stichentscheids in den Aufsichtsräten der Montangesellschaften, da diese Bestimmung — wie oben ausgeführt⁶⁹⁾ — eine stärkere Gleichstellung der Aufsichtsratsmitglieder als sie nach dem Aktiengesetz geschaffen wurde, gerade nicht herbeiführen wollte.

Dem dem Mitbestimmungsgesetz zugrunde liegenden Paritätsgedanken würde es am besten entsprechen, wenn die Satzung dem elften Mann den Stichentscheid übertragen würde. In diesem Falle erhielte keine der beiden Seiten durch diese Stimme einen Kräftezuwachs⁷⁰⁾. Kötter⁷¹⁾ ist demgegenüber der Ansicht, daß der elfte Mann wenig geeignet sei, da das Gesetz für ihn keinen Stellvertreter bestimmt habe; es entstände die weitere Schwierigkeit, festzulegen, welches Aufsichtsratsmitglied in diesen Fällen den Stichentscheid besitze.

Diese Schwierigkeit besteht jedoch ganz allgemein. In jedem Falle muß eine Person bestimmt werden, die den Stichentscheid dann besitzen soll, wenn das mit dem Stichentscheid zunächst betraute Aufsichtsratsmitglied an der Beschlußfassung nicht teilnehmen kann. Wenn dem Aufsichtsratsvorsitzenden der Stichentscheid übertragen wird, so besteht dieselbe Schwierigkeit nur mit dem Unterschied, daß mit dem Recht des Stichentscheides noch weitere Rechte verbunden sind, für deren stellvertretende Ausübung ein Mitglied des Aufsichtsrats bestimmt werden muß. Als Vertreter des elften Mannes für die Ausübung des Stichentscheids bieten sich die beiden weiteren Mitglieder des § 4 Abs. 1 a und b MitbG an.

Der Stichentscheid ist an den elften Mann nicht gebunden⁷²⁾. Mit diesem Recht können auch die übrigen Aufsichtsratsmitglieder betraut werden⁷³⁾. Die in dem Wirtschaftsleben übliche satzungsmäßige Übertragung des Stichentscheids auf den Aufsichtsratsvorsitzenden und seinen Stellvertreter ist zulässig. Wenn die Übertragung dieses Rechts auf den elften Mann auch dem Paritätsgedanken am meisten entspricht, so schließt das Gesetz doch auf der anderen Seite nicht jede weitere Möglichkeit aus. Die

⁶⁹⁾ s.o. S. 37 und die dortige Anm. 53.

⁷⁰⁾ so insbes. Spieker, a.a.O. S. 76, der daraus die Konsequenz zieht, daß die Übertragung des Stichentscheids auf andere Personen nicht zulässig ist.

⁷¹⁾ Kötter in JR 51, 449 ff. (451).

⁷²⁾ a.A. Spieker a.a.O. S. 76.

⁷³⁾ vgl. insbes. Kötter § 2 Anm. 7 d γ, siehe im übrigen dazu die Literaturhinweise oben auf S. 39 Fußnote 66

Gleichheit des Kräfteverhältnisses ist im Falle einer unvollständigen Besetzung des Aufsichtsrats oder des Fehlens einzelner Mitglieder an den Sitzungen, wenn nicht gerade der elfte Mann oder jeweil gleichviele Aufsichtsratsmitglieder beider Seiten fehlen, ohnehin gestört, so daß auch die Übertragung des Stichentscheids auf den elften Mann an dieser Lage nichts mehr ändern könnte. Zudem hätte der Gesetzgeber bei der ihm bekannten Praxis, daß gewöhnlich der Aufsichtsratsvorsitzende und sein Stellvertreter mit dem Stichentscheid betraut werden, ausdrücklich durch Gesetz bestimmen müssen, daß diese Übung nicht mehr möglich sei, der Stichentscheid mit Inkrafttreten des Mitbestimmungsgesetzes vielmehr nur dem elften Manne übertragen werden könne.

Es läßt sich daher zusammenfassend feststellen, daß der Stichentscheid im Rahmen des Mitbestimmungsgesetzes zulässig ist, die Übertragung des Stichentscheids auf den elften Mann dem Gesetz am meisten entspricht, eine andere satzungsmäßige Bestimmung jedoch zulässig bleibt.

III. Die Teilnahme des elften Mannes an Ausschüssen.

1. Die Zusammensetzung der Ausschüsse

Der elfte Mann hat in den Ausschüssen nicht dieselbe Stellung inne wie in dem Gesamtaufichtsrat.

In den Ausschüssen braucht die Parität zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter nicht gewahrt zu werden⁷⁴⁾. Der Aufsichtsrat ist in der Besetzung der Ausschüsse frei⁷⁵⁾. Der Gesetzgeber hat bewußt auf eine paritätische Besetzung verzichtet. In § 3 Abs. 3 des Regierungsentwurfs⁷⁶⁾ war die Parität noch vorgesehen. Dieser Absatz ist jedoch auf die gemeinsame Eingabe der Sachverständigen vom 7. 2. 1951⁷⁷⁾ und den Empfehlungen des Bundesrates⁷⁸⁾ zu dem Regierungsentwurf aufgehoben worden.

⁷⁴⁾ Müller-Lehmann § 4 Anm. 41; Kötter § 2 Anm. 7 b; Boldt § 4 Anm. 11 e.

⁷⁵⁾ so auf die veränderte Problematik nach Einführung des MitbG eingehend Baumbach-Hueck § 92 Anm. 5 C; Hueck in Schriften des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands e. V.: Die Stellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, S. 13.

⁷⁶⁾ Kötter Anh. I, 3.

⁷⁷⁾ Kötter Anh. I, 4.

⁷⁸⁾ Kötter Anh. I, 5.

Für die Zusammensetzung der Ausschüsse sollten allein fachliche Gesichtspunkte ausschlaggebend sein⁷⁹⁾.

Dieser Gesichtspunkt bestimmt auch die Stellung des elften Mannes in den Ausschüssen. Die Teilnahme einer zwischen den Sozialpartnern vermittelnden Person kann wohl auch bei nicht gleich starker Besetzung der Ausschüsse für deren Arbeit vorteilhaft sein, sie ist aber nicht notwendig, um die aus einer Parität sich ergebenden Schwierigkeiten zu überwinden. Kommt in dem Ausschuß aus anderen Gründen eine einheitliche Willensbildung nicht zustande, so besteht immer noch die Möglichkeit, die Frage an den Gesamtaufsichtsrat zu überweisen, in dem eine Vermittlung durch den elften Mann einsetzen kann. Zudem besteht die Hauptaufgabe der Ausschüsse nicht in der Beschlußfassung — sie kann nur in Einzelfällen den Ausschüssen übertragen werden⁸⁰⁾ —, sondern in dem Vorbereiten und Durchführen der Aufsichtsratsbeschlüsse⁸¹⁾, so daß schon aus diesem Grunde das Stimmrecht des elften Mannes und damit die Notwendigkeit seiner Anwesenheit in den Hintergrund tritt. Schließlich wäre die Person des elften Mannes auch überfordert, wenn dieser an allen Ausschußsitzungen teilnehmen müßte.

Auf der anderen Seite ist es dem Aufsichtsrat nicht verwehrt, bestimmte Ausschüsse paritätisch zu besetzen und den elften Mann in diese mitaufzunehmen⁸²⁾. Dies dürfte dem Mitbestimmungsgesetz am meisten dann entsprechen, wenn der Ausschuß Entscheidungen zu treffen hat, etwa Billigung bestimmter Vorstandsgeschäfte⁸³⁾, während in den Fällen, in denen nur Beschlußfassungen vorbereitet werden, etwa Prüfungen des Jahresabschlusses, es am zweckmäßigsten ist, möglichst nur sachverständige Aufsichtsratsmitglieder in den Ausschuß zu wählen, unter denen allerdings auch der elfte Mann sein kann, wenn er solche Fähigkeiten besitzt.

⁷⁹⁾ siehe die Empfehlungen des Bundesrats zu § 3 Abs. 3 des Regierungsentwurfs zum MitbG.

⁸⁰⁾ Kötter § 2 Anm. 7 e; Müller-Lehmann § 4 Anm. 41; Baumbach-Hueck § 92 Anm. 5 B; Schmidt - Meyer-Landrut in Großkomm. z. AktG § 92 Anm. 26; Schlegelberger-Quassowski § 92 Anm. 38; Godin-Wilhelmi § 92 Anm. 7; Teichmann-Koehler § 92 Anm. 4.

⁸¹⁾ so auch die in der vorhergehenden Fußnote (80) angegebene Literatur.

⁸²⁾ so ähnlich Müller-Lehmann § 2 Anm. 42.

⁸³⁾ die Übertragung solcher Entscheidungen an einen Ausschuß ist zulässig; vgl. Godin-Wilhelmi § 95 Anm. 11; Schlegelberger-Quassowski § 92 Anm. 41; Müller-Lehmann § 2 Anm. 41.

2. Der Ausschluß von Ausschußsitzungen

Der elfte Mann kann wie jedes andere Aufsichtsratsmitglied nach § 93 Abs. 2 AktG durch den Aufsichtsratsvorsitzenden oder in bestimmten Fällen kraft entsprechender Satzungsbestimmung von den Sitzungen der Ausschüsse, denen er nicht angehört, ausgeschlossen werden⁸⁴⁾.

Müller-Lehmann⁸⁵⁾ sind der Auffassung, daß § 93 Abs. 2 AktG in Widerspruch zu dem Mitbestimmungsgesetz, insbesondere zu § 4 Abs. 3 stehe; ein Ausschluß des elften Mannes aus Ausschußsitzungen sei mit dem Gesetz unvereinbar⁸⁶⁾.

Die Möglichkeit, Aufsichtsratsmitglieder von den Ausschußsitzungen ausschließen zu können, hat den Sinn, bestimmte Geschäftsvorgänge, die für das Unternehmen von größter Tragweite sind, in kleinstem Kreise behandeln zu können, um die unter Umständen im Stadium der Vorverhandlung stehenden sehr empfindlichen Rechtsgeschäfte vor Indiskretionen besser zu schützen⁸⁷⁾.

Dieses Bedürfnis hat sich mit der Einführung des Mitbestimmungsgesetzes nicht geändert. Es besteht weiterhin. Der Grundsatz der Gleichberechtigung der Mitglieder nach § 4 Abs. 3 MitbG wird durch diese Ausschlußmöglichkeit nicht verletzt. Die von der Arbeitnehmer- und Anteilseignerseite gewählten Aufsichtsratsmitglieder sowie der elfte Mann werden durch dieses Ausschlußrecht im Vergleich zueinander nicht ungleich behandelt. Eine Ungleichheit besteht nur zwischen den in den Ausschuß gewählten Aufsichtsratsmitgliedern und denjenigen, die dem Ausschuß nicht angehören.

Die Funktion des elften Mannes und seine Stellung im Aufsichtsrat der Montan-Gesellschaften verlangt auch nicht, daß dieses Ausschlußrecht ihm gegenüber jedenfalls nicht gelten dürfe. Die Erfüllung seiner besonderen Aufgaben, die Vermittlung zwischen den Sozialpartnern im Aufsichtsrat, ist nicht davon abhängig, daß er Zutritt zu jeder Ausschußsitzung hat. Dennoch sollte dem elften Mann gegenüber das Ausschlußrecht noch zu-

⁸⁴⁾ so offensichtlich auch Kötter § 2 Anm. 7 e, der eine Abänderung oder Einschränkung des § 93 Abs. 2 AktG durch das Mitbestimmungsgesetz generell verneint.

⁸⁵⁾ Müller-Lehmann § 2 Anm. 43.

⁸⁶⁾ Müller-Lehmann a.a.O.; der Hinweis auf den elften Mann ist der eigentliche Grund für seine oben angeführte Auffassung.

⁸⁷⁾ Godin-Wilhelmi § 93 Anm. 5; Baumbach-Hueck § 93 Anm. 2 und auch Müller-Lehmann § 2 Anm. 43.

rückhaltender angewandt werden, als es schon sonst der Fall ist⁸⁸⁾).

IV. Der elfte Mann und die Möglichkeit der Vertretung eines Aufsichtsratsmitglieds in den Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse nach § 93 Abs. 3 AktG.

Der elfte Mann kann nicht nach § 93 Abs. 3 AktG in den Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse durch eine von ihm ermächtigte Person vertreten werden⁸⁹⁾.

Dieses Ergebnis ist aus der Stellung des elften Mannes im Aufsichtsrat und der Art der Vertretung im Sinne des § 93 Abs. 3 AktG zu ziehen. Eine eigentliche Vertretung im Willen⁹⁰⁾ liegt nach § 93 Abs. 3 AktG nicht vor⁹¹⁾. Die ermächtigte Person ist nur Sprachrohr des Aufsichtsratsmitglieds⁹²⁾; sie erfüllt nur eine Botenfunktion⁹³⁾. Der Beauftragte kann in den Sitzungen des Aufsichtsrats oder seiner Ausschüsse zwar das Wort ergreifen, um die Auffassung des abwesenden Mitglieds zum Ausdruck zu bringen, aber nicht kraft eigenen Entschlusses im Namen des Aufsichtsratsmitglieds handeln⁹⁴⁾. Es ist ihm daher nicht möglich, in den Gang der Verhandlungen einzugreifen und Willenserklärungen abzugeben⁹⁵⁾. Das Aufsichtsratsmitglied kann seinen Willen durch den Beauftragten nur in einer Abstimmung zur Geltung bringen, wenn es seine Erklärung vorher schriftlich absetzt und dem Vorsitzenden von dem Beauftragten überreichen

⁸⁸⁾ Eine unmittelbare Möglichkeit, gegen einen Ausschluß vorzugehen, gibt es nicht, so Godin-Wilhelmi § 93 Anm. 5; Schlegelberger-Quassowski § 93 Anm. 5; Schmidt - Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG § 93 Anm. 4; eine unberechtigte willkürliche Ausübung des Rechts könnte im äußersten Fall nur dazu führen, dem Vorsitzenden das Vertrauen zu entziehen und ihn abzuwählen.

⁸⁹⁾ so Müller-Lehmann § 2 Anm. 44, die allerdings noch weitergehend die Vertretung nach § 93 Abs. 3 AktG für alle Aufsichtsratsmitglieder in den das MitbG betreffenden Unternehmen ausschließen. Boldt § 4 Anm. 11 d und Kötter § 4 Anm. 20 a schränken die Vertretung nach § 93 Abs. 3 AktG für den elften Mann anscheinend nicht ein, wenn sie die Vorschrift ohne Vorbehalt für anwendbar erklären.

⁹⁰⁾ vgl. zu der Rechtsfigur im allgemeinen: Enneccerus-Nipperdey § 178, II, 1.

⁹¹⁾ ganz h.M. vgl. Schlegelberger-Quassowski § 93 Anm. 9; Schmidt - Meyer-Landrut in Großkomm. z. AktG § 93 Anm. 8; Baumbach-Hueck § 93 Anm. 3 B; Boldt § 4 Anm. 11 d; Kötter § 4 Anm. 20 a.

⁹²⁾ Schlegelberger-Quassowsky § 93 Anm. 6; Teichmann-Koehler § 93 Anm. 3.

⁹³⁾ Schmidt - Meyer-Landrut in Großkomm. z. AktG § 93 Anm. 8; Baumbach-Hueck § 93 Anm. 3 B.

⁹⁴⁾ so insbes. Godin-Wilhelmi § 93 Anm. 7.

⁹⁵⁾ vgl. Schmidt - Meyer-Landrut a.a.O.; Baumbach-Hueck a.a.O.; a.A. zum Teil Godin-Wilhelmi § 93 Anm. 7.

läßt, § 93 Abs. 3 Satz 2 AktG⁹⁶⁾). Der Beauftragte selbst hat mithin nur eine beschränkte Handlungsmöglichkeit. Er kann den Funktionen, die dem elften Mann durch Gesetz übertragen sind, schon aus rechtlichen Gründen nicht nachkommen. Es ist ihm insbesondere nicht möglich, in die Verhandlung einzugreifen und vermittelnde Vorschläge zu machen, wenn es sich aus der Situation ergeben würde, weil solche Anweisungen für den Verlauf einer Verhandlung im voraus nicht erteilt werden können. Zudem muß bei dem besonderen Wahlverfahren und den besonderen Wahlvoraussetzungen davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber die besondere Aufgabe mit der Person des elften Mannes in eine so enge Verbindung gebracht hat, daß eine Vertretung schon aus diesem Grunde nicht möglich ist.

Gegen die Zulässigkeit einer Vertretung des elften Mannes nach § 93 Abs. 3 AktG spricht auch der Umstand, daß der Gesetzgeber diese Vertretungsmöglichkeit für bestimmte Personen selbst ausgeschlossen hat. Nach § 93 Abs. 3 Satz 3 AktG können sich der Aufsichtsratsvorsitzende und seine Stellvertreter nicht vertreten lassen, wobei für die weiteren Überlegungen dahingestellt bleiben kann, ob die Vertretung der stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden nur dann ausgeschlossen sein soll, wenn sie das Amt des Vorsitzenden wahrnehmen⁹⁷⁾, oder ob der Ausschluß ganz generell für sie gilt⁹⁸⁾. Fest steht jedenfalls, daß bestimmte Aufsichtsratsmitglieder sich nicht vertreten lassen können. Der Grund für diese gesetzliche Regelung liegt in dem besonderen Amt, das diese Aufsichtsratsmitglieder ausüben⁹⁹⁾. Damit hat der Gesetzgeber bereits das Kriterium herausgestellt, das mit einer Vertretung im Aufsichtsrat nicht vereinbar ist und das bei dem elften Manne in verstärktem Maße hervortritt.

Die Auffassung von Müller-Lehmann¹⁰⁰⁾, nach der für alle Aufsichtsratsmitglieder in den Montan-Aufsichtsräten eine Vertretung im Sinne des § 93 Abs. 3 AktG ausgeschlossen ist, dürfte zu weit gehen¹⁰¹⁾. Für den elften Mann ist jedenfalls festzustellen:

⁹⁶⁾ vgl. hierzu insbes. Baumbach-Hueck § 93 Anm. 3 B; Godin-Wilhelmi § 93 Anm. 8; Schmidt - Meyer-Landrut in Großkomm. z. AktG § 93 Anm. 9, aber auch Ritter § 93 Anm. 4, der eine Blankovollmacht genügen lassen will.

⁹⁷⁾ so Schlegelberger-Quassowski § 93 Anm. 7; Godin-Wilhelmi § 93 Anm. 8.

⁹⁸⁾ Schmidt - Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG § 93 Anm. 10; Baumbach-Hueck § 93 Anm. 3 c.

⁹⁹⁾ so ähnlich Baumbach-Hueck a.a.O.

¹⁰⁰⁾ Müller-Lehmann § 2 Anm. 44 b.

¹⁰¹⁾ Kötter § 2 Anm. 7 b γ lehnt auf der anderen Seite jeden Einfluß des MitbG auf § 93 Abs. 3 AktG ab.

er kann durch eine von ihm beauftragte Person in den Sitzungen des Aufsichtsrats oder seiner Ausschüsse im Rahmen des § 93 Abs. 3 AktG nicht wirksam vertreten werden.

V. Der elfte Mann und die Möglichkeit der Vertretung eines behinderten Vorstandsmitglieds nach § 90 Abs. 2 AktG.

Der elfte Mann kann ein behindertes Vorstandsmitglied nach § 90 Abs. 2 Satz 1 AktG nicht vertreten¹⁰²⁾.

Die Vertretung eines Vorstandsmitglieds durch ein Mitglied des Aufsichtsrats ist nach § 90 Abs. 2 AktG nur unter den dort aufgeführten engen Voraussetzungen zulässig¹⁰³⁾. Das Prinzip der Inkompatibilität von Vorstand und Aufsichtsrat, das im § 90 Abs. 1 AktG zum Ausdruck kommt¹⁰⁴⁾, wird in seinen Auswirkungen insoweit noch gewahrt, als das Aufsichtsratsmitglied, das ein Mitglied des Vorstands vertritt, während dieser Zeit seine Funktionen im Aufsichtsrat nicht ausüben darf.

§ 90 Abs. 2 AktG liegt der Gedanke zugrunde, daß die Funktionsfähigkeit und möglichst beste Besetzung des geschäftsführenden Organs von größter Wichtigkeit für ein Unternehmen ist. Diese Wertung führt selbst zu der Einschränkung von Grundsätzen, die aufgestellt wurden, um eine möglichst beste Besetzung des Aufsichtsrats zu erreichen und die volle Funktionsfähigkeit dieses Organs zu garantieren¹⁰⁵⁾ ¹⁰⁶⁾. Es ist an den im Wirtschaftsleben nicht selten vorkommenden, konkreten Fall gedacht, daß das mit der Geschäftsführung besonders vertraute, ehemalige Vorstandsmitglied in den Aufsichtsrat gewählt wurde, nun aber der geeignete Mann wäre, die Geschäfte des erkrankten oder verstorbenen Vorstandsmitglieds, unter Umständen seines Nachfolgers, noch einmal interimistisch zu übernehmen¹⁰⁷⁾.

¹⁰²⁾ Kötter § 2 Anm. 7 a; Boldt und Müller-Lehmann behandeln die Frage nicht ausdrücklich; da Boldt zu § 4 Anm. 4 c und Müller-Lehmann zu § 2 Anm. 35 die Regelung des § 90 Abs. 2 AktG jedoch ohne Vorbehalt für anwendbar erklären, könnte man hierin allerdings eine ablehnende Stellungnahme der hier und von Kötter gebildeten Auffassung erblicken.

¹⁰³⁾ vgl. insbes. zu der Dauer der Vertretungsmöglichkeit Godin-Wilhelmi § 90 Anm. 3; Schlegelberger-Quassowski § 90 Anm. 6.

¹⁰⁴⁾ siehe dazu Schmidt-Meyer-Landrut in Großkomm. z. AktG § 90 Anm. 1; Baumbach-Hueck § 90 Anm. 1; Godin-Wilhelmi § 90 A. I.

¹⁰⁵⁾ Selbst wenn eine Ersatzbestellung nach § 89 AktG notwendig wird, so ist eine Vertretung durch ein ARM nach § 92 Abs. 2 AktG nach h.M. möglich, RG in JW 1930 S. 1413; Schlegelberger-Quassowski § 90 Anm. 8; Baumbach-Hueck § 90 Anm. 3.

¹⁰⁶⁾ vgl. zu diesem Grundsatz Kötter § 2 Anm. 7 a.

¹⁰⁷⁾ Ein Beispiel aus der jüngsten Zeit bieten die Verhältnisse bei der AEG; nach dem Tode des Vorstandsvorsitzenden Dr. Hugo Bäuerle

Bei der Untersuchung der Frage, ob auch der elfte Mann ein Vorstandsmitglied vertreten kann, kommt noch ein weiteres Moment hinzu: die besondere Stellung des elften Mannes im besonders strukturierten Aufsichtsrat der Kohle-, Eisen- und Stahlgesellschaften. Bei seinem Fehlen wird nicht nur die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats gefährdet, die nach dem Willen des Gesetzes hinter der Funktionsfähigkeit des Vorstands zurücktreten muß, es wird auch der Arbeitsfrieden in Gefahr gebracht, die Verständigungsmöglichkeit der beiden Sozialpartner erschwert, da auch die dem elften Mann übertragene Mittlerfunktion¹⁰⁸⁾ nicht von ihm während dieser Zeit ausgeübt werden könnte. Die Mittlerfunktion liegt, wie oben ausgeführt¹⁰⁹⁾, im öffentlichen Interesse. Sie tritt bei der Abwägung, welchen der beiden Verwaltungsträger die Vorrangstellung gebührt, nicht zurück. Das bedeutet, daß der elfte Mann für eine zeitweilige Vertretung eines Vorstandsmitgliedes seine Aufgaben- und Pflichtenstellung im Aufsichtsrat nicht aufgeben kann und daß für ihn eine Vertretung nach § 90 Abs. 2 AktG nicht möglich ist. Im übrigen wird der elfte Mann, wegen seiner Stellung als unabhängige Person — als „Außenstehender“ — auch selten vor seiner Wahl so eng mit dem Unternehmen verbunden gewesen sein, daß er aus eigener Anschauung und Geschäftstätigkeit die besten Kenntnisse und Fähigkeiten besäße, ein verhindertes Vorstandsmitglied zu vertreten.

VI. Eintragungen in das Handelsregister

Der elfte Mann und die beiden übrigen „weiteren“ Aufsichtsratsmitglieder müssen nicht wie der Vorsitzende des Aufsichtsrats und sein Stellvertreter nach § 92 Abs. 1 Satz 1 AktG in das Handelsregister eingetragen werden¹¹⁰⁾.

Die Eintragung von Aufsichtsratsmitgliedern in das Handelsregister wird grundsätzlich nicht von der Rechtsordnung verlangt¹¹¹⁾. Der Grund liegt einerseits in der besonderen Bedeutung des Handelsregisters, andererseits in der Stellung und dem Auf-

im Januar 1962 führte der frühere Vorstandsvorsitzende und damalige Vorsitzende des Aufsichtsrats Dr. Hans C. Boden wieder vorübergehend die Geschäfte des Vorstands, obwohl er noch dem Aufsichtsrat angehörte.

¹⁰⁸⁾ siehe oben S. 34.

¹⁰⁹⁾ siehe oben S. 34/35.

¹¹⁰⁾ Diese Frage wird in der Literatur soweit ersichtlich nur von Müller-Lehmann § 4 Anm. 9 eingehender erörtert, die eine Eintragung als notwendig ansehen.

¹¹¹⁾ vgl. Teichmann-Koehler § 87 Anm. 1 c u. § 91.

gabenbereich der Aufsichtsratsmitglieder. Das Handelsregister dient der Rechtssicherheit und Übersichtlichkeit im Rechtsverkehr. Wenn auch keine positive Publizität, kein Schutz des guten Glaubens an die Richtigkeit der Eintragung besteht¹¹²⁾, wie im Grundbuchrecht, so wird doch durch das Handelsregister nach § 15 HGB eine Vertrauensgrundlage mit bestimmten Rechtsfolgen begründet. Der Schutz dient aber allein dem Außenverkehr, den Rechtsbeziehungen der natürlichen und juristischen Personen zueinander¹¹³⁾. Dies ist der Grund für die Eintragungspflicht der Firma und des Sitzes der Gesellschaft, des Gegenstandes des Unternehmens, der Höhe des Grundkapitals, des Tages der Satzungserrichtung und insbesondere der die Gesellschaft nach außen vertretenden Vorstandsmitglieder, § 32 AktG¹¹⁴⁾.

Die Aufsichtsratsglieder sind an dem Rechtsverkehr der Gesellschaft mit Dritten nicht beteiligt; sie erfüllen eine interne Funktion. Eine Eintragungspflicht dieser Personen besteht demgemäß auch nicht.

Wenn das Gesetz in § 33 Abs. 1 Nr. 4 AktG vorsieht, daß auch die Namen der ersten Aufsichtsratsmitglieder mit den einzutragenden übrigen Angaben zu veröffentlichen sind und die gleiche Bestimmung sich in § 91 AktG für jeden Wechsel der Aufsichtsratsmitglieder findet, so zeigt dies, daß der Gesetzgeber ein Publizitätsbedürfnis gesehen und auch berücksichtigt hat, andererseits aber klar erkannte, daß diese Angaben keine besondere Bedeutung für den Rechtsverkehr besitzen und daher nicht in das Handelsregister aufzunehmen sind.

Für die Pflicht zur Eintragung des Aufsichtsratsvorsitzenden und seines Stellvertreters nach § 92 Abs. 1 Satz 2 AktG gilt etwas anderes. Mit dem Vorsitz im Aufsichtsrat sind geschäftsführende Funktionen verbunden, die über die Mitwirkung an einer internen Beschlußfassung nach außen wirken. Wenn der Vorsitzter auch nicht kraft Gesetzes Vertreter des Aufsichtsrats ist¹¹⁵⁾, so wird er doch meist damit betraut, die Beschlüsse des

¹¹²⁾ vgl. Baumbach-Duden § 15, insbes. Anm. 1; Schlegelberger-Hildebrandt § 15, insbes. Anm. 1; Würdinger in RGRKomm.z.HGB § 15, insbes. Anm. 8.

¹¹³⁾ Schlegelberger-Hildebrandt § 8 Anm. 13; Würdinger in RGRKomm.z.HGB § 8 Anm. 7.

¹¹⁴⁾ zu dem Inhalt der Eintragungen im einzelnen siehe Schlegelberger-Quassowski § 32 Anm. 2; Baumbach-Hueck § 32 Anm. I.

¹¹⁵⁾ Schlegelberger-Quassowski § 92 Anm. 9; Schmidt - Meyer-Landrut in Großkomm. z. AktG § 92 Anm. 5, RGZ 66, 369.
Schlegelberger-Quassowski a.a.O. und Schmidt - Meyer-Landrut § 92 Anm. 7 sehen allerdings eine satzungsmäßige generelle Übertragung

Aufsichtsrats auszuführen, soweit deren Realisierung nicht in den Aufgabenbereich des Vorstandes fällt¹¹⁶⁾).

Er ist im Zweifel ermächtigt, für den Aufsichtsrat bestimmte Erklärungen entgegenzunehmen und die von dem Aufsichtsrat beschlossenen Erklärungen nach außen abzugeben¹¹⁷⁾. Von seinen nach außen wirkenden, vom Gesetz ausdrücklich ihm zugewiesenen Befugnissen seien die Rechte erwähnt, Sachverständige und Auskunftspersonen zu Beratungen über einzelne Gegenstände hinzuzuziehen, § 93 AktG¹¹⁸⁾, oder die Mitwirkung bei der Anmeldung und Durchführung von Kapitalerhöhungs- bzw. Kapitalherabsetzungsbeschlüssen, §§ 151 Abs. 1, 155 Abs. 1, 176, 180 Abs. 1 AktG. Der Hinweis von Müller-Lehmann¹¹⁹⁾ auf die Entscheidung des Kammergerichts vom 9. 12. 1937¹²⁰⁾, in der die Eintragung eines Devisentreuhänders für zulässig erklärt wurde, kann nicht zu einem anderen Ergebnis führen, da der Devisentreuhänder gerade im Gegensatz zu den Aufsichtsratsmitgliedern in den Geschäftsverkehr der Gesellschaft einbezogen ist.

Der elfte Mann unterscheidet sich in dieser Außenwirkung nicht von den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern. Seine Funktion erfüllt sich in der Willensbildung im Aufsichtsrat. Darüberhinaus hat er in seiner Stellung als elfter Mann keine besonderen Aufgaben, die eine Eintragung im Handelsregister erforderten. Lediglich seine besondere Stellung im Aufsichtsrat und seine besondere Bedeutung bei der Willensbildung in diesem Organ kann die Eintragungspflicht im Handelsregister nicht begründen. Dies wäre ein neues Moment, das einer gesetzlichen Ausgestaltung bedurft hätte.

De lege ferenda ist eine solche Eintragungspflicht allerdings begrüßenswert, da auf diese Weise von vornherein sichergestellt wird, daß ein Prüfungsverfahren nach § 81 AktG dahin stattfindet, ob die von dem Gesetz für die „weiteren“ Aufsichtsratsmit-

der Vertretungsmacht auf den Vorsitz als wirksam an, enger Baumbach-Hueck § 92 Anm. 2 C, Godin-Wilhelmi § 93 Anm. II 3, Kötter § 4 Anm. 20.

¹¹⁶⁾ Schmidt - Meyer-Landrut § 92 Anm. 5; die beschlossene Kündigung eines Vorstandsmitglieds kann etwa von dem Aufsichtsratsvorsitzenden ausgesprochen werden, was auch häufiger geschieht, siehe Baumbach-Hueck § 92 Anm. 2 C; RG in HRR 35, 1477.

¹¹⁷⁾ Schlegelberger-Quassowski § 92 Anm. 8; Schmidt - Meyer-Landrut § 92 Anm. 5; Godin-Wilhelmi § 92 Anm. II, 3; auch Boldt § 4 Anm. 10, i, bb.

¹¹⁸⁾ vgl. Möhring-Schwarz S. 90; Boldt § 4 Anm. 11 b.

¹¹⁹⁾ Müller-Lehmann § 4 Anm. 9.

¹²⁰⁾ JW 1938, S. 747.

glieder aufgestellten Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 MitbG gegeben sind¹²¹⁾).

Die Bestellung des elften Mannes ist daher wie die der übrigen Aufsichtsratsmitglieder der von dem Mitbestimmungsgesetz betroffenen Unternehmen nur bei der Gründung von dem Registergericht, § 33 AktG, § 10 HGB, bei einem späteren Wechsel von dem Vorstand, § 91 AktG, bekanntzumachen¹²²⁾. Einer Eintragung in das Handelsregister bedarf es nicht.

VII Der elfte Mann nach dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz¹²³⁾

Die Rechtsstellung des elften Mannes¹²⁴⁾ nach dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz ist die gleiche wie nach dem Mitbestimmungsgesetz¹²⁵⁾. § 5 Abs. 3 MitbErgG verweist auf §§ 4 Abs. 2, 8 und 11 des Mitbestimmungsgesetzes. Die besonderen Wählbarkeitsvoraussetzungen, der Bestellungsmodus und das besondere Verfahren für eine Abberufung gelten also auch hier. Die Sonderstellung des elften Mannes kommt aber nach dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz noch stärker zum Ausdruck, da die beiden „weiteren“ Mitglieder des § 4 Abs. 1 a und b MitbG, für die ebenfalls die Wählbarkeitsvoraussetzungen des § 4 Abs. 2 gelten, nicht in dem nach § 5 MitbErgG zu bildenden Aufsichtsrat aufgenommen wurden. Der Zweck dieser Regelung ist allerdings nicht eine Stärkung der Sonderstellung des elften Mannes, sondern eine Erhöhung der Zahl der betriebsangehörigen Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, um auf diese Weise eine betriebsnähere Zusammensetzung und damit auch eine betriebsnähere Arbeit im Aufsichtsrat zu erreichen¹²⁶⁾.

¹²¹⁾ vgl. Müller-Lehmann § 4 Anm. 9, der bei seiner Argumentation sehr von diesem Erfolg ausgeht.

¹²²⁾ so auch Kötter § 2 Anm. 7 a.

¹²³⁾ Der genaue Titel des Gesetzes heißt: Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie; inkraft getreten am 7. August 1956 (BGBl. I. S. 707 ff.), neu gefaßt durch Gesetz vom 15. Juli 1957 (BGBl. I. S. 714 f.).

¹²⁴⁾ Diese Bezeichnung kann im Rahmen des MitbErgG nur im übertragenen Sinne gebraucht werden, denn nach § 5 Abs. 1 MitbErgG besteht der Aufsichtsrat in den unter das MitbErgG fallenden Unternehmen aus 15 bzw. in dem erweiterten Aufsichtsrat (§ 12 MitbErgG) aus 21 Mitgliedern, so daß man eigentlich von dem fünfzehnten und einundzwanzigsten Mitglied sprechen müsste.

¹²⁵⁾ vgl. Kunze: Arbeit und Recht, 1956 S. 225 ff. u. 257 ff. (257).

¹²⁶⁾ vgl. Sabel: Bulletin des Presse- u. Informationsamtes der Bundesregierung vom 12. 6. 56 Nr. 105 S. 1036, Boldt: MitbErgG § 5 A. 1; Kunze: a.a.O.

Zweiter Abschnitt:

Die Wahl des elften Mannes

Erster Teil:

Das Wahlverfahren nach § 8 MitbG

A. Die Bedeutung des Wahlverfahrens

Das Wahlverfahren des § 8 MitbG hat erst in der dritten Lesung auf Grund eines Antrags des CDU-Abgeordneten Sabel, den er im Namen seiner Fraktion gestellt hatte, seine jetzt geltende Fassung erhalten¹⁾. Die Bestimmung war außerordentlich umstritten²⁾, da in ihr insbesondere von der SPD Fraktion der Prüfstein des gesamten Mitbestimmungsrechtes der Arbeitnehmer in den Industrieunternehmen von Bergbau, Eisen und Stahl gesehen wurde³⁾. Man sah die Gefahr, daß eine Seite — in erster Linie die Kapitaleseite — über den elften Mann einen stärkeren Einfluß im Aufsichtsrat erwerben könnte als der Gedanke der Parität zuließe. Es ist daher in § 8 MitbG ein Wahlverfahren geschaffen worden, daß bei der Besetzung des elften Aufsichtsratssitzes diese Befürchtungen ausräumen sollte und die unterschiedlichen politischen Vorstellungen der einzelnen Parteien zu berücksichtigen sucht⁴⁾.

Durch die Beachtung dieser verschiedenen gesetzgeberischen Vorstellungen, die Berücksichtigung der möglichen Reaktionen der Mitglieder im Aufsichtsrat und der Aktionäre in der Hauptversammlung und die Wahrung gesellschaftsrechtlicher Prin-

¹⁾ BT Protokoll, 3. Beratung, 132. Sitzung v. 10. 4. 1951, S. 511 ff. (513/14).

²⁾ vgl. die Ausführungen des Abgeordneten Dr. Schöne, BT Protokolle a.a.O. S. 5083; vgl. auch die verschiedenen Fassungen des § 8 Abs. 3,

³⁾ siehe dazu die Ausführungen von BK Dr. Adenauer BT Protokolle a.a.O. S. 5083; vgl. auch die verschiedenen Fassungen des § 8 Abs. 3, aufgeführt in der Rede von Bundestagsabgeordneten Dr. Schröder, BT Protokolle a.a.O. S. 5082.

⁴⁾ Fitting: Arbeitsrechtsblattei, Mitbestimmung, III A, Unterabschnitt C V 4 a.

zipien ist dieses Wahlverfahren außerordentlich belastet und erschwert worden⁵⁾).

Nach der gesetzlichen Regelung kann die Wahl des elften Mannes auf mehrere Arten zum Erfolg führen. Trotz des umfangreichen Gesetzwortlauts sind alle möglichen Einzelfälle von dem Gesetz jedoch nicht ausdrücklich erfaßt. In einigen Fällen ist eine Gesetzesauslegung und analoge Anwendung einzelner Bestimmungen erforderlich. Die Lösung dieser Einzelfälle, die nicht nur für den praktischen Wahlablauf, sondern auch für die Verhandlungsposition der beiden Sozialpartner von Bedeutung ist, bedarf einer eingehenden Erörterung. Schließlich zeigt sich auch in § 8 MitbG das rechtliche Kräfteverhältnis zwischen den beiden von dem Gesetz unterschiedenen Gruppen, zwischen der Kapitalseite und der Arbeitnehmerseite.

B. Die Durchführung des Wahlverfahrens im einzelnen

An dem Wahlverfahren des elften Mannes sind die bereits nach §§ 5 und 6 MitbG gewählten Aufsichtsratsmitglieder, die auch im folgenden Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter bezeichnet werden⁶⁾, und die Haupt-, bzw. Gesellschafter- oder Gewerkenversammlung als das zuständige Wahlorgan beteiligt. Die Wahl erfolgt auf Vorschlag der bereits gewählten Aufsichtsratsmitglieder. Das Gesetz geht in seiner Systematik von dem unproblematischsten Fall der schnellen Bildung eines Wahlvorschlages und dessen Annahme durch das Wahlorgan aus und regelt dann die Fälle, in denen eine einheitliche Willensbildung der an den Verfahren Beteiligten erschwert ist. Eine umfassende Betrachtung dieses Wahlverfahrens und eine möglichst lückenlose Behandlung aller Konfliktsfälle hält sich zweckmäßigerweise an diese Gesetzssystematik. Es wird allerdings versucht, im fol-

⁵⁾ siehe auch die kritische Bemerkung bei Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 628; weiterhin Voigt in Weddigen-Voigt S. 348.

⁶⁾ Die Bezeichnung Arbeitnehmer- und Anteilseignervertreter ist mißverständlich, da die Aufsichtsratsmitglieder keine Interessenvertreter im eigentlich rechtlichen Sinne sind. Sie handeln im eigenen Namen. Rechte und Pflichten als Aufsichtsratsmitglieder sind ihnen selbst übertragen. Sowohl die Anteilseigner- wie die Arbeitnehmervertreter sind verpflichtet, die Interessen des Unternehmens wahrzunehmen (h.M. statt vieler Hueck in Schriften des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands e.V., 1960 S. 13). Wenn an diesen Bezeichnungen dennoch festgehalten wird, so nur weil sich keine anderen kurzen Bezeichnungen herausgebildet haben; siehe auch Ballerstedt: Der Aufsichtsrat der GmbH nach dem Betriebsverfassungsgesetz, in GmbHR 1952, S. 177—180.

genden noch stärker als der Gesetzgeber die einzelnen Verfahrensabschnitte herauszustellen, um die Behandlung des Wahlverfahrens möglichst übersichtlich zu gestalten und eine schnelle Orientierung zu ermöglichen. Die Abschnitte sind durch die Aufstellung neuer Wahlvorschläge (Abschnitt I, II, V) oder die Einschaltung des Oberlandesgerichts (Abschnitt III, VI) gekennzeichnet. Diese Abschnitte bilden den Ausgangspunkt für die Erörterungen. Die zahlreich gebildeten weiteren Fallgruppen sollen eine möglichst lückenlose Behandlung aller mit dem Wahlverfahren zusammenhängenden Fragen gewähren.

I.

Dem Wahlorgan wird von den wahlberechtigten Aufsichtsratsmitgliedern ein Vorschlag zur Wahl des elften Mannes gemacht oder die Aufsichtsratsmitglieder legen keinen Vorschlag vor⁷⁾.

I, 1

Das Wahlorgan wählt nach dem Vorschlag der Aufsichtsratsmitglieder.

Wird ein ordnungsgemäßer Vorschlag der wahlberechtigten, d.h. der nach §§ 5 und 6, auch § 5 MitbG in Verbindung mit § 88 AktG oder nach § 89 AktG bestellten, zehn bzw. vierzehn oder zwanzig Aufsichtsratsmitglieder⁸⁾ gefaßt, und wählt das Wahlorgan dem Vorschlag gemäß, so kommt die Wahl bereits nach § 8 Abs. 1 Satz 1 zustande. Wie bei der Wahl der übrigen Aufsichtsratsmitglieder ist für die Wirksamkeit der Bestellung noch die Annahme der Wahl durch den Gewählten erforderlich^{9) 10)}.

⁷⁾ Die bes. Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Wahlvorschlags sind in § 8 Abs. 1 geregelt: Beschluß der wahlberechtigten Aufsichtsratsmitglieder (§ 8 Abs. 1 Satz 1), dem die Mehrheit (Satz 2) und gleichzeitig mindestens je drei nach § 5 und § 6 gewählte Aufsichtsratsmitglieder zugestimmt haben müssen (Satz 3 dieses Absatzes); zu diesem Punkt siehe insbes. die Ausführungen von Horstmann a.a.O. S. 172—74.

⁸⁾ vgl. Kötter § 8 Anm. 3 und 7.

⁹⁾ J. V. Gierke Handelsrecht und Schiffahrtsrecht § 43 II 1 a (S. 123); Boldt § 4 Anm. 7 b; Natzel in Aktiengesellschaft 1959, S. 93 ff. (101); Sack: Das Mitglied eines mehrgliedrigen Vorstands in der Aktiengesellschaft S. 11 und S. 23—35; Schulte a.a.O. S. 20; a. A. Staudinger 10. Aufl. Allg. T. BGB § 27 Anm. 5 b.

¹⁰⁾ Zu trennen hiervon ist das Anstellungsverhältnis, das die vertraglichen Beziehungen des Aufsichtsratsmitglieds zu der Gesellschaft regelt.

I, 2

Das Wahlorgan wählt nicht nach dem Vorschlag der Aufsichtsratsmitglieder.

Hier sind für die rechtliche Beurteilung wieder folgende Fälle zu unterscheiden:

- a) eine vorgeschlagene Person wird nicht gewählt¹¹⁾, weil das Wahlorgan untätig bleibt, d.h. überhaupt keinen Beschluß in dieser Richtung faßt,
- b) das Wahlorgan wählt eine nicht vorgeschlagene Person und
- c) das Wahlorgan lehnt ausdrücklich den Vorschlag ab.

I, 2, a

Der elfte Mann kann nicht ohne entsprechenden Beschluß des Wahlorgans wirksam bestellt werden. Faßt das Wahlorgan, obwohl ihm Vorschläge der übrigen Aufsichtsratsmitglieder zur Wahl des elften Mannes vorgelegt werden, in dieser Sache überhaupt keinen Beschluß, so ist nach § 8 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz ein Vermittlungsausschuß zu bilden, der weitere Wahlvorschläge aufzustellen hat¹²⁾. Der Zeitpunkt zur Bildung dieses Vermittlungsausschusses ist im Gesetz nicht näher bestimmt.

Kötter¹³⁾ ist der Ansicht, daß der Vermittlungsausschuß zwei Monate, nachdem die Wahlvorschläge der übrigen Aufsichtsratsmitglieder dem Wahlorgan zugestellt worden sind, gebildet werden könne, wenn dieses Organ bis zu diesem Zeitpunkt noch keinen entsprechenden Beschluß gefaßt hat.

Müller-Lehmann¹⁴⁾ vertreten die Auffassung, daß eine solche Frist nicht aufgestellt werden könne, der Zeitpunkt für die Bildung eines Vermittlungsausschusses müsse vielmehr jeweils für den Einzelfall bestimmt werden; sei er gegeben, so sei der Ausschuß allerdings unverzüglich zu bilden; auf keinen Fall dürfe ein längerer Zeitraum als ein Monat verstreichen.

Boldt¹⁵⁾ lehnt jede Frist ab, innerhalb deren das Wahlorgan seine Entscheidung zu treffen habe und kommt auch zu keinem Zeitpunkt, wann der Vermittlungsausschuß aufgestellt sein muß.

¹¹⁾ Die übrigen Aufsichtsratsmitglieder können sowohl eine wie auch mehrere Personen zur Wahl des elften Mannes dem Wahlorgan vorschlagen. Im Gesetzestext heißt es ausdrücklich: „wird eine vorgeschlagene Person nicht gewählt, so“, vgl. Horstmann a.a.O. S. 176.

¹²⁾ Über die Zusammensetzung des Vermittlungsausschusses siehe insbes. die Ausführungen von Boldt § 8 Anm. 8 b und c.

¹³⁾ Kötter § 8 Anm. 9.

¹⁴⁾ Müller-Lehmann § 8 Anm. 10.

¹⁵⁾ Boldt § 8 Anm. 7 b.

Eine bestimmte Frist ist in dem Gesetz nicht vorgesehen. Sie ist auch nicht aus anderen Vorschriften zu entnehmen. Die Fristbestimmung in § 14 Abs. 2 MitbG, auf die Kötter verweist, trifft nur den besonderen Fall, wann nach Inkrafttreten des Mitbestimmungsgesetzes die Aufsichtsratsmitglieder nach den für sie jetzt maßgebenden §§ 5 und 6 MitbG neu gewählt werden mußten. Die Fristbestimmung berührt nicht den zeitlichen Ablauf des Verfahrens, das für die Wahl des elften Mannes aufgestellt wurde¹⁶⁾. Auch ist die Rechtslage bei Inkrafttreten eines Gesetzes, wo noch Rücksichten auf die Unkenntnis und auf das Neuartige eines Gesetzes zu nehmen sind, nicht mit dem später einmal durch das Gesetz geschaffenen Rechtszustand zu vergleichen. Zudem hätte, wie Boldt ausführt¹⁷⁾, eine solche definitive Fristbestimmung in § 8 zum Ausdruck kommen müssen.

Aus dem gesamten Wahlverfahren und insbesondere dem Gedanken der Mitbestimmung, die eine Zusammenarbeit bedingt, kann allerdings entnommen werden, daß alle an dem Verfahren Beteiligten auf eine schnelle und reibungslose Abwicklung des Verfahrensmodus bedacht sein müssen¹⁸⁾. Das Wahlorgan muß daher im Rahmen des Möglichen, ohne schuldhaftes Zögern und in diesem Sinne auch unverzüglich, wie Müller-Lehmann ausführt¹⁹⁾, sich mit dem Vorschlag der übrigen Aufsichtsratsmitglieder auseinandersetzen. Kommt das Wahlorgan diesem Gebot nicht nach, so kann es die Bildung des Vermittlungsausschusses nicht aufhalten.

Auf der anderen Seite kann die Bildung des Ausschusses das Wahlorgan nicht hindern, den von allen übrigen Aufsichtsratsmitgliedern gemachten Vorschlag noch anzunehmen²⁰⁾. Der vermittlungsausschuß ist nicht um seiner selbst willen mit bestimmten Funktionen ausgerüstet, sondern nur für den Fall, daß das Wahlorgan den Vorschlag der übrigen zehn, vierzehn oder zwanzig Aufsichtsratsmitglieder nicht zustimmen sollte. Mit

¹⁶⁾ so auch Horstmann a.a.O. S. 181.

¹⁷⁾ Boldt a.a.O., vgl. aber auch seine weiteren Gründe, die er für seine ablehnende Stellungnahme zu der von Kötter vorgeschlagenen Analogie anführt.

¹⁸⁾ Müller-Lehmann spricht in diesem Zusammenhang von einem Beschleunigungsprinzip (§ 8 Anm. 32 und 35) und einem Unverzüglichkeitsprinzip (§ 8 Anm. 22), das dem § 8 zugrunde liege.

¹⁹⁾ Müller-Lehmann § 8 Anm. 10.

²⁰⁾ so auch Horstmann a.a.O. S. 184; zur Wirksamkeit der Wahl des elften Mannes nach dem Vorschlag der „übrigen“ Aufsichtsratsmitglieder in einem späteren Verfahrensabschnitt vgl. die Ausführungen unter zu II 2 b (S. 61).

der Bildung des Vermittlungsausschusses wird kein neuer Verfahrensabschnitt eingeleitet, der den Rückgriff auf den alten Vorschlag der Aufsichtsratsmitglieder nicht mehr zuließe.

Bei Berücksichtigung dieser Rechtslage verliert die Frage, wann das Wahlorgan sich mit dem Wahlvorschlag auseinanderzusetzen hat, an Bedeutung. Das Wahlorgan kann den Vorschlag immer noch aufgreifen und nach diesem wählen. Die Bildung eines Vermittlungsausschusses ist nicht an einen bestimmten Zeitpunkt nach Einreichung des ersten Wahlvorschlages gebunden. Es kann bereits bei Fassung dieses ersten Wahlvorschlages von den Aufsichtsratsmitgliedern für den Fall einer ablehnenden Stellungnahme des Wahlorgans gebildet werden.

I, 2. b

Wählt das Wahlorgan eine nicht vorgeschlagene Person, so ist der Beschluß **nichtig**, der Vermittlungsausschuß ist zu bilden, der weitere Wahlvorschläge aufstellen kann.

Die Nichtigkeit des Beschlusses ergibt sich für die Aktiengesellschaft aus § 195 Ziff. 3 AktG in Verbindung mit § 8 MitbG²¹⁾. Der Beschluß verletzt ein im öffentlichen Interesse gegebenes Gesetz. Das Mitbestimmungsgesetz ist von dem Gesetzgeber erlassen worden, um auf dem Gebiete des Bergbaus, der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie die Wirtschaftsordnung in einem bestimmten Sinne neu zu gestalten. Die Privatautonomie des Einzelnen ist insoweit beschränkt. Der Einzelne ist an die durch das Gesetz gegebene Ordnung gebunden. § 8 ist Bestandteil dieses Gesetzes. Die Bestimmung soll die besondere Aufgabe erfüllen, den Kern des Gesetzes, die paritätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer neben den Anteilseignern, zu garantieren und gleichzeitig das Organ funktionsfähig zu erhalten. Das Mitbestimmungsgesetz und insbesondere § 8 MitbG sind daher zwingendes Recht. Ihre Beachtung liegt im öffentlichen Interesse²²⁾.

Durch die Wahl einer anderen als der von den Aufsichtsratsmitgliedern vorgeschlagenen Person wird das bis ins einzelne vorgeschriebene, auf Ausgleich bedachte Wahlverfahren des § 8 umgangen. Es liegt ein Verstoß gegen ein im öffentlichen Inter-

²¹⁾ vgl. Boldt § 8 Anm. 7 a, cc; Spieker: Der Aufsichtsrat der mitbestimmten Montan-GmbH, S. 38 Anm. 297;
nicht für diesen Fall, in allgemeiner Form: Kisskalt in Volkswirt 1951 Nr. 33 S. 11 ff.; Kötter in NJW 1951, 417 ff. (421); Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II S. 908.

²²⁾ so ausdrücklich auch Boldt a.a.O.

esse gegebenes Gesetz vor, der die Nichtigkeit des Beschlusses begründet. Für entsprechende Beschlüsse, die in einer Gesellschafterversammlung einer GmbH und der Gewerkenversammlung einer bergrechtlichen Gewerkschaft gefaßt werden, ergibt sich dieselbe Rechtsfolge²³⁾, da §§ 195 ff. AktG auf diese Gesellschaftsformen analog angewandt werden können²⁴⁾ ²⁵⁾.

Die Nichtigkeit des Beschlusses kann durch Klage nach den Voraussetzungen des § 201 AktG, also auch von einzelnen Mitgliedern des Aufsichtsrats, geltend gemacht werden.

Mit der nichtigen Wahl einer anderen Person wird gleichzeitig nach der Ausdrucksweise des Gesetzes „eine vorgeschlagene Person nicht gewählt“. Zur Fortführung des Verfahrens ist damit ein Vermittlungsausschuß zu bilden, der weitere Vorschläge aufstellen kann, § 8 Abs. 2 MitbG.

I, 2, c

Lehnt das Wahlorgan ausdrücklich den Vorschlag der wahlberechtigten Aufsichtsratsmitglieder ab, so ist nach der direkten Gesetzesanwendung des § 8 Abs. 2 Satz 1, 1. Alternative ein Vermittlungsausschuß zu bilden, durch den das Wahlverfahren weitergeführt wird.

I, 3

Es erfolgt kein Vorschlag der übrigen Aufsichtsratsmitglieder. Kommt ein Vorschlag der übrigen Aufsichtsratsmitglieder nicht zustande, so ist der Vermittlungsausschuß zu bilden, § 8 Abs. 2 Satz 1, 1. Alternative.

Die Bildung des Vermittlungsausschusses ist in diesem Falle nicht von einem Akt des Wahlorgans abhängig. Zeitlich dürfte der Vermittlungsausschuß für den Fall eines Nichtzustandekommens eines Wahlvorschlags aller Aufsichtsratsmitglieder schon vor den eigentlichen Vorschlagsberatungen gebildet werden können, da dadurch nur das Wahlverfahren gefördert wird²⁶⁾ ²⁷⁾.

²³⁾ so auch Boldt § 8 Anm. 7 a, cc.

²⁴⁾ Die analoge Anwendung des §§ 195 ff. AktG auf die GmbH wird von der h. M. anerkannt; vgl. statt vieler: BGHZ 11, 235; BGH in NJW 55, 221; RGZ 166, 129; Baumbach-Hueck Anh. nach § 47 Anm. 1; W. Schmidt in Hachenburg § 45 Anm. 15.

²⁵⁾ vgl. für die Berggewerkschaft: Isay Anm. 25 zu § 111 ABG und Anm. 3 zu § 115 ABG.

²⁶⁾ vgl. auch Kötter § 8 Anm. 1 unten.

²⁷⁾ siehe dazu auch die Ausführungen oben auf Seite 54 ff., zu der gleichen Problematik des Falles I, 2, a.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wann der Vermittlungsausschuß gebildet werden muß, um nicht die Wahlfreiheit des Wahlorgans nach § 8 Abs. 3 Satz 7 eintreten zu lassen, da ohne einen Vermittlungsausschuß auch kein Vermittlungsvorschlag dem Wahlorgan rechtzeitig vorgelegt werden kann.

Kötter²⁸⁾ nimmt an, daß die Aufsichtsratsmitglieder nicht länger als einen Monat über das Zustandekommen eines Vorschlags beraten könnten; nach Ablauf dieser Frist müsse spätestens ein Vermittlungsausschuß gebildet werden.

Müller-Lehmann²⁹⁾ sind der Ansicht, daß die Aufsichtsratsmitglieder unverzüglich handeln müßten.

Eine bestimmte Frist aufzustellen, wie Kötter³⁰⁾ dies vorsieht, ist nicht möglich³¹⁾. Für eine Fristbestimmung wäre eine gesetzliche Regelung erforderlich. Es ist vielmehr der Auffassung von Müller-Lehmann³²⁾ zuzustimmen. Wenn der Gesetzgeber auch nicht für das Handeln der Aufsichtsratsmitglieder eine Frist in § 8 festgesetzt hat, so ergibt sich doch aus dem Aufbau des Wahlverfahrens und den in § 8 aufgenommenen Fristbestimmungen, daß alle an dem Wahlverfahren Beteiligten verpflichtet sind, sich für eine schnelle Wahl des elften Mannes voll einzusetzen³³⁾. Das bedeutet für die Aufsichtsratsmitglieder in diesem Stadium des Verfahrens, daß sie sich unverzüglich um die Aufstellung eines gemeinsamen Wahlvorschlags bemühen müssen und bei dem Scheitern eines solchen Versuches unverzüglich einen Vermittlungsausschuß zu bilden haben.

Die Bildung eines Vermittlungsausschusses wird dadurch gefördert, daß dieser schon tätig werden kann, wenn auch nur zwei Mitglieder gewählt worden sind und eine Wahlmöglichkeit für die beiden anderen Aufsichtsratsmitglieder bestand³⁴⁾. Damit kann eine Seite der nach §§ 5 oder 6 gewählten Aufsichtsratsmitglieder durch die Wahl ihrer beiden Ausschußmitglieder die andere Seite zwingen, ebenfalls ihre Vertreter zu wählen, wenn nicht ihr Einfluß ausgeschaltet werden soll³⁵⁾. Die Frage, wieviele Beratungen zur Aufstellung eines gemeinsamen Wahlvor-

²⁸⁾ Kötter § 8 Anm. 8.

²⁹⁾ Müller-Lehmann § 8 Anm. 8; ähnlich auch Boldt § 8 Anm. 6.

³⁰⁾ Kötter a.a.O.

³¹⁾ so auch Horstmann a.a.O. S. 179/180.

³²⁾ Müller-Lehmann a.a.O.

³³⁾ siehe auch die Ausführungen auf S. 54 zum Fall I, 2, a und die dortige Bezugnahme auf Müller-Lehmann § 8 Anm. 10.

³⁴⁾ siehe dazu Boldt § 8 Anm. 8 e; Müller-Lehmann § 8 Anm. 36;

³⁵⁾ so auch Boldt a.a.O.

schlags abgehalten werden können³⁶⁾), läßt sich generell nicht beantworten. Die Umstände des Einzelfalles sind entscheidend.

Ist der Zeitpunkt für die Bildung eines Vermittlungsausschusses verstrichen, so fehlt es damit gleichzeitig an der rechtzeitigen Vorlage eines Vermittlungsvorschlags. Diese Rechtslage wird unten noch eingehend behandelt³⁷⁾.

II.

Dem Wahlorgan wird von dem Vermittlungsausschuss ein erster Vorschlag zur Wahl des elften Mannes gemacht, oder der Vermittlungsausschuß legt keinen Vorschlag vor.

II, 1

Das Wahlorgan wählt nach dem ersten Vermittlungsvorschlag. Wählt das Wahlorgan auf Grund des Vorschlags des Vermittlungsausschusses den elften Mann, so ist die Wahl bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen wirksam³⁸⁾; sie kommt nach § 8 Abs. 3 Satz 1 zustande.

II, 2

Das Wahlorgan wählt nicht nach dem ersten Vermittlungsvorschlag.

Wählt das Wahlorgan nicht nach dem Vorschlag des Vermittlungsausschusses den elften Mann, so sind wiederum folgende Fälle denkbar, die rechtlich eine verschiedene Beurteilung erfordern:

- a) das Wahlorgan faßt überhaupt keine Beschlüsse in dieser Richtung, es bleibt untätig,
- b) es wählt eine nicht vorgeschlagene Person,
- c) es lehnt die Wahlvorschläge ausdrücklich mit oder ohne Begründung ab.

II, 2, a

Bleibt das Wahlorgan untätig, so verletzt es dadurch seine allgemeine Pflicht, an der Bestellung des elften Mannes mitzuwirken. Diese Pflichtverletzung kann nicht den Gang des Verfahrens — wie auch nicht im Falle I, 2, a³⁹⁾ — aufhalten⁴⁰⁾. Eine Ver-

³⁶⁾ siehe dazu Müller-Lehmann § 8 Anm. 8 und Kötter in NJW 1951 S. 418, II, 1 a.

³⁷⁾ siehe zu diesen Fragen unten Fall II, 3 auf Seite 66 ff.

³⁸⁾ Boldt § 8 Anm. 8 e.

³⁹⁾ siehe oben Seite 54.

⁴⁰⁾ Kötter § 8 Anm. 17.

weisung auf den obigen Fall ist aber nicht einfach möglich, weil die Rechtslage und möglichen Rechtsfolgen nach Einreichung des Vermittlungsvorschlags andere sind.

Kötter⁴¹⁾ ist der Ansicht, daß der Vermittlungsvorschlag in Analogie zu § 14 Abs. 2 MitbG nach zwei Monaten, gerechnet von dem Zeitpunkt, in dem der Vorschlag dem Wahlorgan zugestellt wurde, für das Organ ohne besondere gerichtliche Bestätigung verbindlich wird.

Diese Konsequenz kann man meines Erachtens nicht aus dem Gesetz ziehen. Für eine so weitreichende Wirkung liegen keine Anhaltspunkte vor.

Die Untätigkeit des Wahlorgans stellt sich vielmehr als Schweigen im Rechtsverkehr dar und kann als Ablehnung des Wahlvorschlags angesehen werden. Diese Deutung ist einem allgemeingültigen Rechtsgedanken zu entnehmen, der im bürgerlichen Recht seinen Ausdruck in den §§ 108 Abs. 2 Satz 2, 415 Abs. 2 Satz 2, 177 Abs. 2, 1829 Abs. 2 und dem früheren § 1396 Abs. 2 BGB gefunden hat⁴²⁾. Allerdings liegt in den angeführten Beispielen eine Fristsetzung vor, die damit auch die Wirkung der Ablehnung zeitlich festlegt.

Eine solche generelle, zeitliche Fixierung ist im vorliegenden Falle entgegen Kötter jedoch nicht möglich. Aus dem Gesetz ergeben sich keine Anhaltspunkte für diese Auffassung. § 14 Abs. 2 MitbG behandelt einen Sonderfall; zudem sind die tatsächlichen Verhältnisse in den einzelnen Unternehmen zu verschieden. Neben einer Gesellschafterversammlung von nur wenigen Personen kann eine Hauptversammlung mit über 200.000 Aktionären wie bei der Preußischen Bergwerks- und Hütten-AG (Preussag) stehen⁴³⁾, deren Einberufung ungleich mehr Kosten und Umstände mit sich bringt. Der Zeitpunkt für den Eintritt der dargestellten Rechtswirkung kann daher im Falle der Untätigkeit des Wahlorgans nur jeweils nach den besonderen Umständen bestimmt werden. Bestimmend ist etwa die Absetzung der Wahl

⁴¹⁾ Kötter a.a.O.

⁴²⁾ siehe dazu Lehmann: BGB Allgemeiner Teil § 30 III (S. 194); Esser: Schuldrecht § 7 Anm. 6, c (S. 22); Palandt § 133 Anm. 5 oder auch die Monographie von Krause: Schweigen im Rechtsverkehr.

⁴³⁾ Bei der Volkswagen AG wird die Zahl der Aktionäre sogar auf 1.500.000 geschätzt; aber auch in den großen Chemiekonzernen nach Hoppenstedt, Handbuch der Aktiengesellschaften, Jahrgang 63/64, waren 1962 an der BASF ca. 180.000, an Bayer ca. 186.000 und an den Farbwerken Hoechst ca. 230.000 Aktionäre beteiligt; vgl. auch Cassier S. 118 und die dortige Zusammenstellung der Publikumsgesellschaften.

von der Tagesordnung der Haupt- bzw. der Gesellschafter- oder Gewerkenversammlung oder, wenn keine weiteren Anhaltspunkte vorliegen, das Verstreichen eines Zeitraumes, innerhalb dessen eine Beschlußfassung ohne schuldhaftes Zögern möglich gewesen wäre.

Das Nichtbeschließen steht einer ablehnenden Beschlußfassung gleich. Weitergehende Wirkungen, die etwa dahingehen, daß das Wahlorgan nun einen der Vorgeschlagenen wählen müsse, wie Kötter annimmt⁴⁴⁾, kann dieser Untätigkeit nicht beigelegt werden. Wenn das Wahlorgan positiv verpflichtet werden soll, wie das Gesetz es in § 8 Abs. 3 Satz 6 MitbG vorsieht, so muß das Oberlandesgericht auf Antrag des Vermittlungsausschusses die Unbegründetheit eines ablehnenden Beschlusses festgestellt haben. Ein ausdrücklich ergehender, abweisender Beschluß des Wahlorgan ist nicht für die gerichtliche Nachprüfung entscheidend⁴⁵⁾, sondern vielmehr der Gedanke, daß ein rechtlicher Zwang auf das Wahlorgan nur ausgeübt werden darf, wenn feststeht, daß mit diesem Zwang auch ein rechtmäßiger Erfolg durchgesetzt wird. Erst wenn das Oberlandesgericht auf Antrag des Vermittlungsausschusses einen ablehnenden Beschluß des Wahlorgans für unberechtigt erklärt hat, tritt die Bindungswirkung des § 8 Abs. 3 Satz 6 ein⁴⁶⁾.

II, 2, b

Wählt das Wahlorgan in diesem Stadium, nachdem ihm der Vorschlag des Vermittlungsausschusses zugestellt wurde, eine nicht vorgeschlagene Person, so ist dieser Beschluß nichtig. Die Nichtigkeit ergibt sich, wie oben im Falle I, 2, b ausgeführt⁴⁷⁾, aus §§ 195 Ziff. 3 AktG in Verbindung mit § 8 MitbG⁴⁸⁾.

Kötter hat in einem Aufsatz⁴⁹⁾ die Auffassung vertreten, daß ein solcher Beschluß nur anfechtbar sei; nichtig sei er erst, wenn das Wahlorgan entgegen einem von dem Oberlandesgericht bestätigten Vermittlungsvorschlag den Dritten gewählt habe. In seinem Kommentar⁵⁰⁾ macht Kötter diese Unterscheidung nicht.

⁴⁴⁾ Kötter § 8 Anm. 17.

⁴⁵⁾ so Kötter a.a.O. in der Begründung seiner oben angeführten Auffassung, ähnlich auch Horstmann a.a.O. S. 207.

⁴⁶⁾ Die Rechtsnatur und Bindungswirkung des § 8 Abs. 3 Satz 6 wird unten im 2. Teil dieses Abschnittes ausführlich behandelt, siehe Seite 80 ff.

⁴⁷⁾ Seite 56 ff.

⁴⁸⁾ so auch für diesen Fall: Boldt § 8 Anm. 9 a.

⁴⁹⁾ Kötter in NJW 1951, 417 ff. (418) unter 2, a, α.

⁵⁰⁾ Kötter § 8 Anm. 15.

Er spricht sich an dieser Stelle generell für die Nichtigkeit des Beschlusses aus. Eine unterschiedliche Beurteilung ist auch nicht zu rechtfertigen, denn in beiden Fällen liegt ein Verstoß gegen § 8 MitbG als einer zwingenden und im öffentlichen Interesse gegebenen Norm vor.

Nicht nichtig ist der Beschluß allerdings, wenn das Wahlorgan in diesem Stadium den elften Mann nach dem von allen Aufsichtsratsmitgliedern gemachten Vorschlag wählt⁵¹⁾). Diese Person ist zwar nicht von dem Vermittlungsausschuß zur Wahl aufgestellt worden, doch wurde auch sie dem Wahlorgan vorgeschlagen. Durch die Einführung des Vermittlungsausschusses in das Wahlverfahren wird nicht ein neuer Verfahrensabschnitt begründet, der den Rückgriff auf diesen Vorschlag nicht zuließe⁵²⁾ 53). Über den Vermittlungsausschuß soll nur eine Einigung erzielt werden, wenn der von den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern getroffene Vorschlag nicht angenommen wird oder nicht zustande kommt. Die Wahl nach den Vorschlägen des Vermittlungsausschusses stellt nur eine Ersatzlösung dar⁵⁴⁾).

Der Beschluß, der die Wahl einer nicht vorgeschlagenen Person zum Gegenstand hat, beinhaltet gleichzeitig die Ablehnung des Vermittlungsvorschlags. Eine Bindungswirkung im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 6 tritt erst ein, wenn das Oberlandesgericht auf Antrag die Ablehnung des Vorschlags für unberechtigt erklärt hat. Eine sofortige Bindung würde auch hier wie im Falle der Untätigkeit des Wahlorgans⁵⁵⁾ den rechtlichen Zwang ohne die von dem Gesetzgeber gewollte vorherige Rechtskontrolle eintreten lassen. Eine Abweichung von diesem Prinzip wäre allein aus einem Sanktionsgedanken, nämlich daß sich das Wahlorgan durch die Wahl einer anderen Person die Möglichkeit der gerichtlichen Nachprüfung selbst genommen habe, zu rechtfertigen. Dieser Gedanke hat jedoch in dem Gesetz keinen Ausdruck gefunden. Der Vermittlungsausschuß kann mithin auch in diesem Falle bei dem Oberlandesgericht den Antrag auf Überprüfung der Vermittlungsvorschläge stellen, um die Bindungswirkung des § 8 Abs. 3 Satz 6 herbeizuführen.

⁵¹⁾ Kötter § 8 Anm. 15 und in NJW a.a.O.; ebenso Boldt § 8 Anm. 9, a; Horstmann a.a.O. S. 200; a. A. Müller-Lehmann § 8 Anm. 17 vgl. aber auch die dazu widersprüchlichen Ausführungen in Anm. 31 zu § 8.

⁵²⁾ so Müller-Lehmann § 8 Anm. 17, der sich allerdings später widerspricht; vgl. § 8 Anm. 31.

⁵³⁾ vgl. auch die Ausführungen zu Fall I, 2, a auf Seite 55.

⁵⁴⁾ Boldt § 8 Anm. 9 a.

⁵⁵⁾ Fall II, 2, a, oben Seite 59.

II, 2, c

Lehnt das Wahlorgan den Vorschlag des Vermittlungsausschusses ohne oder mit Begründung ab, so entscheidet über die Berechtigung des ablehnenden Beschlusses auf Antrag das Oberlandesgericht, § 8 Abs. 3 Satz 4.

Nach § 8 Abs. 3 Satz 3 „muß“ der ablehnende Beschluß mit Gründen versehen sein. Dieser Wortlaut deutet auf eine zwingende Gesetzesvorschrift mit der sich daraus ergebenden Rechtsfolge hin, daß das Fehlen einer Begründung den Ablehnungsbeschluß des Wahlorgans von vornherein unwirksam macht. Diese Bedeutung kann jedoch einer fehlenden Begründung des Ablehnungsbeschlusses nicht zukommen.

Das Verfahren vor dem Oberlandesgericht ist ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit⁵⁶⁾, in dem die Inquisitionsmaxime gilt, § 12 FGG⁵⁷⁾. Danach hat das Gericht selbst die erforderlichen Ermittlungen zu führen und die Umstände aufzuklären, die für eine sachgerechte Entscheidung notwendig sind. Es ist nicht an eine bestimmte Begründung der Parteien gebunden. Die Gründe in einem ablehnenden Beschluß des Wahlorgans haben damit keinen unmittelbaren Einfluß auf den Inhalt und sachlichen Umfang der gerichtlichen Entscheidung⁵⁸⁾.

Dieses Ergebnis wird durch den Wortlaut des § 8 Abs. 3 Satz 4 bestätigt. Es wird dort bestimmt, daß das Gericht „über die Berechtigung der Ablehnung“ zu entscheiden hat, also eine sachliche und nicht nur formelle Nachprüfung des Beschlusses durchführen muß⁵⁹⁾. § 8 Abs. 3 Satz 3 kann mithin nur eine Sollvorschrift sein⁶⁰⁾. Das Fehlen der Begründung macht den ablehnenden Beschluß nicht von vornherein unwirksam. Das Oberlandesgericht kann den Beschluß auch in diesem Falle sachlich prüfen⁶¹⁾. Die gerichtliche Prüfung ist notwendig, wenn das Wahlorgan nach § 8 Abs. 3 Satz 6 gebunden werden soll.

Das Oberlandesgericht entscheidet über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des ablehnenden Beschlusses nur, wenn ein ent-

⁵⁶⁾ Boldt § 8 Anm. 10 a; Fitting, Arbeitsrechtsblattei, Mitbestimmung III, A, Unterabschnitt C, V, 4; Kötter in NJW 1951, 418 Anm. 22.

⁵⁷⁾ siehe dazu Baur: Freiwillige Gerichtsbarkeit § 16 IV (S. 165); Keidel: Freiwillige Gerichtsbarkeit § 12 Anm. 1 (S. 191). Jansen: Freiwillige Gerichtsbarkeit § 12 Anm.; Müller-Lehmann § 8 Anm. 22.

⁵⁸⁾ Müller-Lehmann § 8 Anm. 22.

⁵⁹⁾ so auch Kötter in NJW 1951, 420 unter II 6, b; Müller-Lehmann § 8 Anm. 22.

⁶⁰⁾ Kötter § 8 Anm. 18.

⁶¹⁾ Kötter a.a.O.; Müller-Lehmann a.a.O.; Boldt § 8 Anm. 9, b.

sprechender Antrag gestellt wurde⁶²⁾. Es sind daher die beiden Fälle zu unterscheiden, daß ein solcher Antrag bei Gericht gestellt und daß er nicht gestellt wird.

II, 2, c, a

Es wird kein Antrag auf Überprüfung des ablehnenden Beschlusses bei Gericht gestellt.

Eine ausdrückliche Regelung für den Fall, daß der Vermittlungsausschuß einen solchen Antrag nicht stellt, fehlt in dem Gesetz. Eine Bindung des Wahlorgans kann nicht eintreten, da der Beschluß des Oberlandesgerichts nicht vorliegt.

Boldt⁶³⁾ und Müller-Lehmann⁶⁴⁾ wollen die Wahlfreiheit des Wahlorgans und damit den Ausschluß eines weiteren Vorschlagsrechts — Boldt nach Ablauf einer angemessenen Frist, im Höchstfall zwei Wochen, Müller-Lehmann nach einer kurz bemessenen Überlegungsfrist — eintreten lassen.

Kötter⁶⁵⁾ und Fitting⁶⁶⁾ halten einen weiteren Vorschlag des Vermittlungsausschusses auch ohne gerichtliche Nachprüfung für möglich. Diese letztere Auffassung ist vorzuziehen.

Der Gesetzeswortlaut des § 8 steht der Aufstellung weiterer Vermittlungsvorschläge nicht entgegen. Wenn der Gesetzgeber nur in § 8 Abs. 3 Satz 5, in dem Falle, in dem der ablehnende Beschluß des Wahlorgans von dem Gericht bestätigt wurde, ausdrücklich bestimmt, daß der Vermittlungsausschuß dem Wahlorgan weitere Personen vorzuschlagen hat, so soll damit nur der Gang des Verfahrens in diesem Stadium festgelegt werden. Es wird damit nicht das Vorschlagsrecht des Vermittlungsausschusses auf diesen Fall beschränkt. Eine Abhängigkeit des Vorbringens weiterer Vermittlungsvorschläge von der gerichtlichen Nachprüfung des Ablehnungsbeschlusses ist nicht ersichtlich. Die Einschaltung des Gerichts soll einmal dazu dienen, daß das Wahlorgan nicht willkürlich die ihm unterbreiteten Vorschläge ablehnen kann. Dem Vorschlag des Vermittlungsausschusses wird damit nur ein größeres Gewicht verliehen. Die gerichtliche Nachprüfung dient weiterhin dazu, das Wahlorgan vor der Bindung an einen Wahlvorschlag zu schützen, in dem Personen auf-

⁶²⁾ vgl. Boldt § 8 Anm. 10, a.

⁶³⁾ Boldt a.a.O.

⁶⁴⁾ Müller-Lehmann § 8 Anm. 25.

⁶⁵⁾ Kötter § 8 Anm. 19.

⁶⁶⁾ Fitting, Arbeitsrechtsblattei, Mitbestimmung III, A, Unterabschnitt C V 3 e.

genommen sind, die „keine Gewähr für ein gedeihliches Wirken für das Unternehmen bieten“⁶⁷⁾ ⁶⁸⁾. Die Aufstellung weiterer Wahlvorschläge wird durch diesen Zweck ebenfalls nicht beeinträchtigt. Schließlich kann man feststellen, daß die gerichtliche Nachprüfung jedenfalls nicht zu dem Zweck eingeführt worden ist, um neue Vorschläge des Vermittlungsausschusses zu ermöglichen oder zu begrenzen.

Das Wahlorgan kann allerdings dann die Wahlfreiheit erlangen, wenn der Vermittlungsausschuß auch keinen weiteren Vorschlag macht, in dieser Sache also vollständig untätig bleibt, § 8 Abs. 3 Satz 7⁶⁹⁾. Wann dieser Zeitpunkt der Wahlfreiheit bei Untätigkeit des Vermittlungsausschusses eintritt, läßt sich generell nicht festlegen. Wenn auch der Antrag auf gerichtliche Entscheidung der Anfechtungsklage des § 199 Abs. 1 AktG in vieler Beziehung ähnlich ist, so kann doch eine Analogie zu dieser aktienrechtlichen Bestimmung mit einer Fristsetzung von einem Monat für die Aufstellung weiterer Wahlvorschläge nicht begründet werden⁷⁰⁾.

Das Verfahren des § 8 MitbG soll möglichst schnell zu der Wahl des elften Mannes führen. Es wäre mit dem Sinn und Zweck des Verfahrens nicht vereinbar, wenn sich eine Partei darauf berufen könnte, daß eine ihr zugebilligte Frist noch nicht abgelaufen sei. Die Beteiligten an dem Wahlverfahren müssen so schnell wie möglich handeln. Der Zeitraum, der dem Vermittlungsausschuß für eine Entscheidung belassen werden muß, dürfte in den meisten Fällen kürzer sein als der dem Wahlorgan für eine Wahlhandlung eingeräumte Zeitraum, da der Ausschuß schon wegen seiner beschränkten Mitgliederzahl aktionsfähiger als das Wahlorgan ist. Einen Zeitraum von zwei Wochen wird der Vermittlungsausschuß in den wenigsten Fällen überschreiten können⁷¹⁾. Es tritt dann nach Ablauf dieser Frist die Wahlfreiheit nach § 8 Abs. 3 Satz 7 ein. Liegen Zweifel vor, so kann gegebenenfalls eine Feststellungsklage erhoben werden.

II, 2, c, β

Es wird ein Antrag auf Überprüfung des ablehnenden Beschlusses bei Gericht gestellt; das Gericht trifft eine Entscheidung.

⁶⁷⁾ Wortlaut des § 8 Abs. 3 Satz 2.

⁶⁸⁾ so auch Müller-Lehmann § 8 Anm. 24.

⁶⁹⁾ vgl. dazu den unten S. 75 erörterten Fall V, 3 (Der Vermittlungsausschuß legt keinen zweiten Wahlvorschlag vor).

⁷⁰⁾ so Kötter § 8 Anm. 19.

⁷¹⁾ so ähnlich auch Boldt § 8 Anm. 10 a.

II, 2, c, β , aa

Das Oberlandesgericht erklärt die Ablehnung der Wahl für berechtigt.

Wird der Antrag bei dem Oberlandesgericht auf Überprüfung des Ablehnungsbeschlusses von dem Vermittlungsausschuß rechtzeitig gestellt und erklärt das Gericht die Ablehnung der Wahl für berechtigt, so ist das Wahlorgan an die vorgelegten Vorschläge nicht mehr gebunden.

Der Vermittlungsausschuß kann dem Wahlorgan einen neuen, zweiten Wahlvorschlag unterbreiten, § 8 Abs. 3 Satz 5.

II, 2 c, β , $\beta\beta$

Das Oberlandesgericht erklärt die Ablehnung der Wahl für unberechtigt.

Wird der Ablehnungsbeschluß für unberechtigt erklärt, so hat das Wahlorgan einen der Vorgeschlagenen zu wählen, § 8 Abs. 3 Satz 6. Das Wahlorgan ist an den Vermittlungsvorschlag gebunden⁷²⁾. Insofern tritt dieselbe rechtliche Situation ein wie in den oben behandelten Fällen II, 2, a (Oberlandesgericht stellt fest, daß ein ablehnender Beschluß unberechtigt ist, wenn das Wahlorgan untätig bleibt⁷³⁾) und II, 2, b (Oberlandesgericht erklärt ablehnenden Beschluß, der in Form der Nominierung eines Dritten gefaßt wurde, für unberechtigt)⁷⁴⁾.

II, 3

Dem Wahlorgan wird kein Vermittlungsvorschlag vorgelegt.

Wird dem Wahlorgan kein Vermittlungsvorschlag vorgelegt, so wird das Wahlorgan frei, § 8 Abs. 3 Satz 7.

Obwohl diese gesetzliche Folge bei der Regelung der Rechtswirkungen des zweiten Vermittlungsvorschlags getroffen wird, ist sie auch auf das Nichtzustandekommen eines ersten Vermittlungsvorschlags anzuwenden. Dies ergibt sich gesetzestechisch aus der grammatikalisch nicht bedingten Kommasetzung zwischen dem 1. und dem 2. Halbsatz des § 8 Abs. 3 Satz 7. Dadurch wird die Verbindung zu dem 1. Halbsatz unterbrochen, der nur den zweiten Vermittlungsvorschlag zum Gegenstand seiner Regelung hat und der zweite Halbsatz von der Begrenzung auf die-

⁷²⁾ über die Rechtsfolgen dieser Bindungswirkung siehe die ausführlichen Erörterungen im zweiten Teil dieses Abschnitts, unten S. 86 ff.

⁷³⁾ Seite 59.

⁷⁴⁾ Seite 61.

sen zweiten Vorschlag befreit⁷⁵⁾). Der Sache nach ergibt sich dies aus der Notwendigkeit, daß die Wahl des elften Mannes nicht aufgehalten werden kann, wenn der Vermittlungsausschuß seinen Pflichten nicht nachkommt⁷⁶⁾).

Fraglich ist nur, wann die Wahlfreiheit eintritt. In § 8 Abs. 3 Satz 1 ist dem Vermittlungsausschuß eine Frist von einem Monat gesetzt, innerhalb deren er dem Wahlorgan den Vermittlungsvorschlag vorlegen muß. Kötter⁷⁷⁾, Boldt⁷⁸⁾ und Müller-Lehmann⁷⁹⁾ lassen die Frist mit Bildung des Vermittlungsausschusses beginnen⁸⁰⁾. Damit hängt die Frage davon ab, wann der Vermittlungsausschuß spätestens gebildet werden muß.

Wie oben ausgeführt⁸¹⁾, kann der Vermittlungsausschuß bereits in der Sitzung konstituiert werden, in der die Aufsichtsratsmitglieder den Vorschlag zur Wahl des elften Mannes fassen. Da in diesem Zeitpunkt noch nicht feststeht, ob überhaupt Vermittlungsvorschläge nötig sein werden, kann die Einmonatsfrist mit der Bildung des Vermittlungsausschusses nicht beginnen. Sie läuft in diesem Falle erst mit der Ablehnung des von den Aufsichtsratsmitgliedern gemachten Wahlvorschlags.

Ist der Vermittlungsausschuß noch nicht in diesem Zeitpunkt gebildet, so muß er unverzüglich konstituiert werden⁸²⁾. Eine genaue Frist läßt sich nicht festlegen. Sie ergibt sich aus den gesamten Umständen des Einzelfalles⁸³⁾. Nach diesem erst festzustellenden Zeitpunkt richtet sich der Ablauf der Einmonatsfrist und damit der Zeitpunkt, in dem die Wahlfreiheit des Wahlorgans nach § 8 Abs. 3 Satz 7 eingetreten ist.

Eine schwierige Frage ergibt sich dann, wenn das Zustandekommen eines Vermittlungsvorschlags bewußt von einer Seite verhindert wird, um die Wahlfreiheit auf diese Weise herbeizuführen. Zwar sucht § 8 Abs. 4 diesem Fall insoweit zu begegnen, als er die Funktionsfähigkeit des Vermittlungsausschusses er-

⁷⁵⁾ vgl. Müller-Lehmann § 8 Anm. 32 und Kötter in NJW 1951, 420 Unterabschnitt II, 4, b.

⁷⁶⁾ Müller-Lehmann a.a.O.; Kötter, a.a.O.

⁷⁷⁾ Kötter § 8 Anm. 13 und 14.

⁷⁸⁾ Boldt § 8 Anm. 8 d.

⁷⁹⁾ Müller-Lehmann § 8 Anm. 14.

⁸⁰⁾ Zu beachten ist, daß die Bildung des Vermittlungsausschusses erst abgeschlossen ist, wenn die zu seinen Mitgliedern Gewählten die Wahl auch angenommen haben; Müller-Lehmann § 8 Anm. 10.

⁸¹⁾ Fall I, 2, a S. 54.

⁸²⁾ Müller-Lehmann § 8 Anm. 10; Boldt § 8 Anm. 8 b spricht von einer angemessenen Frist, innerhalb deren der Ausschuß zu bilden sei.

⁸³⁾ Müller-Lehmann a.a.O.

höht und diesen auch dann tätig werden läßt, wenn nur zwei Mitglieder mitwirken, falls die beiden anderen nicht gewählt werden oder nach rechtzeitiger Ladung nicht erscheinen⁸⁴⁾, doch ist immer noch der Fall möglich, daß eine Seite ständig die Vorschläge der anderen ablehnt und damit ein Zustandekommen eines wirksamen Dreivorschlags ausschließt⁸⁵⁾. Die Gefahr einer solchen Manipulation ist bei den von den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat gewählten Mitgliedern des Vermittlungsausschusses deshalb geringer, weil sie gerade bei der Wahlfreiheit des Wahlorgans ihren Einfluß verlieren. Eine solche Gefahr ist aber auch von der Kapitalseite nicht groß, da der Arbeitsfrieden, der, wie die zehn Jahre Mitbestimmung gezeigt haben⁸⁶⁾, von den Unternehmern unter allen Umständen zu wahren gesucht wird, durch solche Manipulationen ernsthaft in Frage gestellt werden würde.

Tatsächlich ist ein solches Verhalten nur sehr schwer erfaßbar. Es läßt sich kaum nachweisen, daß eine Seite bewußt das Zustandekommen eines jeden Vorschlags innerhalb des Vermittlungsausschusses zu verhindern sucht, um dem Ausschuß seine Funktionsfähigkeit zu nehmen und die Wahlfreiheit des Wahlorgans eintreten zu lassen⁸⁷⁾. Schwierig ist auch, die Rechtslage zu beurteilen. Man könnte daran denken, daß die einen Wahlvorschlag ablehnende Stimme nach § 134 BGB als unwirksam zu behandeln ist, wenn das Ausschußmitglied lediglich das Ziel verfolgt, das Zustandekommen eines Wahlvorschlags innerhalb des Ausschusses zu verhindern. § 134 BGB gilt jedoch nur für Rechtsgeschäfte, und es ist weiter zweifelhaft, ob in § 8 MitbG auch insoweit ein entsprechendes Verbotsgesetz i.S. des § 134 BGB erblickt werden kann⁸⁸⁾. Kötter⁸⁹⁾ sieht einen Weg, über den Rechtsgedanken der §§ 162, 815 BGB zu einer Lösung der Frage zu kommen. Danach müßte das Gegenteil der Treu und Glauben zuwiderlaufenden Absicht Geltung erlangen. Die Neinstimmen sind in diesem Falle unbeachtlich. Der Wahlvorschlag kommt zustande. Auch diese rechtliche Begründung ist nicht sehr be-

⁸⁴⁾ siehe oben S. 58 und die dortigen Literaturhinweise.

⁸⁵⁾ vgl. Kötter § 8 Anm. 27 und NJW 1951, 419 Anm. 38; Fitting BArbBl. 51, 203 ff. (206).

⁸⁶⁾ siehe dazu insbes. Voigt in Weddigen-Voigt: Zur Theorie und Praxis der Mitbestimmung S. 504.

⁸⁷⁾ so auch Kötter a.a.O.

⁸⁸⁾ siehe die Ausführungen oben auf S. 56 f.

⁸⁹⁾ Kötter § 8 Anm. 27

friedigend. Daß dieses Ergebnis richtig ist, kann jedoch nicht bezweifelt werden⁹⁰⁾).

III.

Das Wahlorgan lehnt den ersten Vermittlungsvorschlag ab; das Oberlandesgericht bestätigt diesen Beschluß⁹¹⁾).

III, 1

Das Wahlorgan wählt nach dem von ihm berechtigterweise zunächst abgelehnten, ersten Vermittlungsvorschlag.

Wählt das Wahlorgan den elften Mann, etwa weil es die Bedenken gegen die vorgeschlagenen Personen aufgegeben hat oder sich neue Gesichtspunkte gefunden haben, nach dem von ihm zunächst abgelehnten, ersten Vermittlungsvorschlag, dessen Ablehnung von dem Oberlandesgericht sogar anerkannt wurde, so stehen dieser Wahl keine rechtlichen Bedenken entgegen. Die Wahl ist wirksam.

In dem Beschluß des Oberlandesgerichts, der den Ablehnungsbeschluß des Wahlorgans bestätigt, wird der Vermittlungsvorschlag nicht aufgehoben. In dem Beschluß wird nur ausgesprochen, daß die gegen den Vermittlungsvorschlag erhobenen Bedenken eine Ablehnung des Vorschlags rechtfertigen.

Eine Beschränkung des Wahlorgans soll bei dieser Entscheidung gerade nicht eintreten. Das Wahlorgan kann den Vermittlungsvorschlag wieder aufnehmen und den elften Mann nach diesem wählen.

Etwas anderes ist es allerdings, wenn der Vermittlungsvorschlag fehlerhaft war und diese Fehlerhaftigkeit noch besteht, etwa weil die Negativvoraussetzungen des § 4 Abs. 2 MitbG nicht vorliegen⁹²⁾. In diesem Falle kann das Wahlorgan auch in diesem Stadium des Verfahrens nicht einen wirksamen Beschluß fassen.

III, 2

Das Wahlorgan wählt nicht nach dem von ihm berechtigterweise abgelehnten ersten Vermittlungsvorschlag.

⁹⁰⁾ Müller-Lehmann § 8 Anm. 37 sehen bei „willkürlichem und böswilligem Verhalten“ von Ausschußmitgliedern eine Lösung in § 8 Abs. 4 MitbG; diese Gesetzesbestimmung hilft aber nur bei willkürlichem und böswilligem Fernbleiben von Ausschußmitgliedern weiter.

⁹¹⁾ Der Beschluß ergeht im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit; zu dem Beschlußverfahren vgl. Kötter § 8 Anm. 21; Boldt § 8 Anm. 10 a; Horstmann a.a.O. S. 208—212.

⁹²⁾ siehe dazu Müller-Lehmann § 8 Anm. 15; auch Kötter § 4 Anm. 8

III, 2, a

Bleibt das Wahlorgan untätig, d.h. faßt es in diesem Verfahrensabschnitt keinen weiteren Beschluß zur Wahl des elften Mannes, so entspricht diese Verhaltensweise der gesetzlichen Regelung in §§ 8 MitbG. Das Wahlorgan hat die weiteren Vorschläge des Vermittlungsausschusses abzuwarten. Auf Grund der ihm bereits vorgelegten Vermittlungsvorschläge ist die Gesellschaft nicht verpflichtet, den elften Mann zu wählen. Die Bindungswirkung des § 8 Abs. 3 Satz 6 ist nicht eingetreten⁹³⁾.

III, 2, b

Wählt das Wahlorgan eine andere, d.h. eine nicht vorgeschlagene Person, so ist der Wahlbeschluß nach § 195 Ziff. 3 AktG in Verbindung mit § 8 MitbG nichtig, denn es liegt auch in diesem Stadium noch ein Verstoß gegen § 8 MitbG vor, da das Wahlorgan an etwaige weitere Vorschläge des Vermittlungsausschusses gebunden ist, § 8 Abs. 3 Satz 5⁹⁴⁾. Die Wahl des elften Mannes nach dem Vorschlag der Aufsichtsratsmitglieder ist auch jetzt noch wirksam⁹⁵⁾.

III, 2, c

Lehnt das Wahlorgan erneut den von ihm bereits berechtigterweise zurückgewiesenen Vermittlungsvorschlag ab, so hat dieser Beschluß nur deklaratorische Bedeutung. Die Rechtslage wird durch ihn nicht geändert. Das Wahlorgan bleibt auch weiterhin an einen etwaigen zweiten Vermittlungsvorschlag gebunden.

IV

Das Wahlorgan lehnt den ersten Vermittlungsvorschlag ab; das Oberlandesgericht bestätigt diesen Beschluß nicht.

IV, 1

Das Wahlorgan wählt jetzt nach dem unberechtigterweise abgelehnten, ersten Vermittlungsvorschlag.

Wählt das Wahlorgan nun den elften Mann nach dem Vermittlungsvorschlag, den es zuerst unberechtigterweise abgelehnt hatte, so ist die Wahl wirksam und das elfte Mitglied im Aufsichtsrat bei Annahme der Wahl wirksam bestellt⁹⁶⁾.

⁹³⁾ siehe dazu die Ausführungen im 2. Teil dieses Abschnitts unten auf S. 80.

⁹⁴⁾ vgl. die Ausführungen zu Fall II, 2, b Seite 61 ff.

⁹⁵⁾ vgl. die Fälle: I, 1 (S. 53) II, 1 (S. 59). III, 1 (S. 69).

⁹⁶⁾ vgl. die Fälle: I, 1 (S. 53); II, 1 (S. 59); III, 1 (S. 69).

IV, 2

Das Wahlorgan wählt auch jetzt nicht nach dem von ihm unberechtigterweise abgelehnten, ersten Vermittlungsvorschlag.

IV, 2, a

Faßt das Wahlorgan auch in diesem Verfahrensabschnitt keinen Beschluß zur Wahl des elften Mannes, so besteht nur die Möglichkeit der Ersatzbestellung nach § 89 AktG. Die Gesellschaft bleibt wohl der Bindungswirkung des § 8 Abs. 3 Satz 6 verhaftet. Sie ist auch rechtlich verpflichtet, den elften Mann nach dem aufgestellten Vermittlungsvorschlag zu wählen. Diese Rechtspflicht ist aber nicht durchsetzbar⁹⁷⁾.

IV, 2, b

Wählt das Wahlorgan eine nicht vorgeschlagene Person, so ist der Beschluß wie in den Fällen I, 2, b⁹⁸⁾, II, 2, b⁹⁹⁾, III, 2, b¹⁰⁰⁾ nach § 195 Ziffer 3 AktG in Verbindung mit § 8 MitbG nichtig¹⁰¹⁾. Durch die Gerichtsentscheidung wird das Verfahren nur in ein weiteres Stadium gebracht. Es tritt die Bindungswirkung des § 8 Abs. 3 Satz 6 ein, die für die Gesellschaft die Rechtspflicht begründet, den elften Mann nach dem Vermittlungsvorschlag zu wählen¹⁰²⁾.

Möglich und wirksam ist auch in diesem Stadium die Wahl nach dem Vorschlag der übrigen Aufsichtsratsmitglieder¹⁰³⁾. Dieser Vorschlag wird von der gerichtlichen Entscheidung nicht berührt. Er besteht weiterhin und hat als der ursprüngliche, von allen bereits gewählten Aufsichtsratsmitgliedern getragene Vorschlag noch das größere Gewicht¹⁰⁴⁾.

IV, 2, c

Lehnt das Wahlorgan erneut die Wahl des elften Mannes ab, so ist dieser Beschluß wegen Verstoßes gegen § 8 Abs. 3 MitbG nach

⁹⁷⁾ vgl. die ausführliche rechtliche Begründung unten im 2. Teil dieses Abschnitts S. 80.

⁹⁸⁾ S. 56, siehe auch die dortige rechtliche Begründung.

⁹⁹⁾ S. 61, vgl. im übrigen auch hier die rechtlichen Ausführungen zu diesem Fall.

¹⁰⁰⁾ oben S. 70.

¹⁰¹⁾ so auch Kötter § 8 Anm. 25; ders. in NJW 1951, 417 ff. (421); Müller-Lehmann § 8 Anm. 3.

¹⁰²⁾ siehe Anm. 97.

¹⁰³⁾ Müller-Lehmann § 8 Anm. 31; Boldt § 8 Anm. 9 a.

¹⁰⁴⁾ vgl. auch die weiteren rechtlichen Ausführungen zu Fall II, 2, b Seite 61.

§ 195 Nr. 3 nichtig¹⁰⁵). Die Gesellschaft bleibt verpflichtet, den elften Mann nach dem Vermittlungsvorschlag zu wählen¹⁰⁶).

V

Dem Wahlorgan wird von dem Vermittlungsausschuß ein zweiter Vorschlag zur Wahl des elften Mannes gemacht oder der Ausschuß legt keinen zweiten Vorschlag vor.

V, 1

Das Wahlorgan wählt nach dem zweiten Vermittlungsvorschlag.

Wählt das Wahlorgan den elften Mann auf Grund des zweiten Vermittlungsvorschlags, nachdem es den ersten Vorschlag berechtigterweise abgelehnt hatte, so ist die Wahl bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen wirksam¹⁰⁷).

V, 2

Das Wahlorgan wählt nicht nach dem zweiten Vermittlungsvorschlag.

V, 2, a

Setzt sich das Wahlorgan mit dem zweiten Vorschlag des Vermittlungsausschusses nicht auseinander, faßt es in dieser Richtung überhaupt keinen Beschluß, so tritt dieselbe Situation ein wie im Falle II, 2, a, das Wahlorgan wählt den elften Mann nicht, nachdem ihm der erste Vermittlungsvorschlag vorgelegt wurde¹⁰⁸). Es kann hinsichtlich der rechtlichen Begründung des folgenden Ergebnisses auf diesen Fall verwiesen werden. In dem Verhalten des Wahlorgans liegt nach Verstreichen eines gewissen Zeitraums die Ablehnung des Vermittlungsvorschlags. Der Zeitraum bestimmt sich bei Berücksichtigung aller Umstände und insbesondere der Rechtspflicht, für eine schnelle Vervollständigung des Aufsichtsrats zu sorgen, nach der ersten möglichen Beschlußfassung in dieser Sache¹⁰⁹).

¹⁰⁵) siehe zu der rechtlichen Begründung oben Fall IV, 2, b (S. 71) und die dortigen Hinweise.

¹⁰⁶) siehe dazu S. 73 Anm. 2 und die Fälle: IV, 2, a (S. 73) u. IV, 2, b (S. 74).

¹⁰⁷) siehe dazu die Fälle: I, 1 (S. 53), II, 1 (S. 59); III, 1 (S. 69), IV, 1 (S. 70).

¹⁰⁸) oben S. 59.

¹⁰⁹) a. A. Kötter § 8 Anm. 23, der von einer Zweimonatsfrist auch hier ausgeht.

Die Bindungswirkung des § 8 Abs. 3 Satz 6 tritt nicht ein.¹¹⁰⁾ Der Vermittlungsausschuß kann jedoch, um die Bindungswirkung herbeizuführen, das Verfahren vor dem Oberlandesgericht mit dem Antrag einleiten, daß das Gericht die Nichtberechtigung einer Ablehnung des Vermittlungsvorschlags feststellen soll.

V, 2, b

Wählt das Wahlorgan eine nicht vorgeschlagene Person, so ist der Beschluß nach § 195 Nr. 3 AktG in Verbindung mit § 8 MitbG nichtig. Ein Verstoß gegen § 8 MitbG liegt auch in diesem Verfahrensstadium vor. Das Wahlorgan hat seine Wahlfreiheit nicht erlangt¹¹¹⁾.

Das Wahlorgan kann den elften Mann auch jetzt noch nach dem Vorschlag der Aufsichtsratsmitglieder oder nach dem ersten ihm vorgelegten Vermittlungsvorschlag wählen¹¹²⁾.

Der Vermittlungsausschuß hat mit der Aufstellung und Vorlage des zweiten Wahlvorschlags den ersten Vermittlungsvorschlag nicht zurückgenommen¹¹³⁾. Der Vermittlungsvorschlag besteht weiterhin. Der Ablehnungsbeschluß des Wahlorgans hat den Vorschlag ebenfalls nicht in seinem Bestande berührt. Das Wahlorgan hat in dem Beschluß den ersten Vermittlungsvorschlag lediglich aus bestimmten Gründen zurückgewiesen. Wenn das Wahlorgan nun die zunächst vorgebrachten Gründe für nicht mehr so schwerwiegend ansieht und den elften Mann nach diesem ersten Vorschlag wählt, so ist dies mit der gesetzlichen Regelung des § 8 nicht unvereinbar.

V, 2, c

Lehnt das Wahlorgan den zweiten Vermittlungsvorschlag mit oder ohne Begründung¹¹⁴⁾ ab, so kann der Vermittlungsausschuß den Antrag auf Überprüfung des Ablehnungsbeschlusses bei dem Oberlandesgericht stellen, § 8 Abs. 3 Satz 4 in Verbindung mit Satz 5.

¹¹⁰⁾ a.a. Kötter a.a.O. Seine Auffassung ist jedoch aus den gleichen Gründen unzutreffend, wie sie im Falle II, 2, a S. 59 aufgeführt sind; es wird darauf verwiesen.

¹¹¹⁾ vgl. dazu die im Hinblick auf das Ergebnis gleichgelagerten Fälle: I, 2, b S. 56; II, 2, b S. 61; III, 2, b S. 70; IV, 2, b S. 71.

¹¹²⁾ so auch Müller-Lehmann § 8 Anm. 31 und Horstmann a.a.O. S. 214.

¹¹³⁾ vgl. dazu die weitere rechtliche Begründung zu Fall III, 1 S. 70.

¹¹⁴⁾ § 8 Abs. 3 Satz 3 gilt auch für den 2. Beschluß, siehe die Verweisung in Abs. 3 Satz 5, aber auch hier nur Sollvorschrift, vgl. die obige Begründung zu Fall II, 2, c Seite 63.

V, 2, c, a

Wird der Antrag auf Überprüfung des Ablehnungsbeschlusses nicht gestellt, so wird das Wahlorgan frei¹¹⁵⁾. In dem Gesetz findet sich allerdings keine ausdrückliche Regelung dieses Falles. Das Gesetz läßt *expressis verbis* die Wahlfreiheit nur eintreten, wenn die Ablehnung der Wahl aus dem zweiten Wahlvorschlag von dem Gericht für berechtigt erklärt wurde, § 8 Abs. 3 Satz 7, 1. Alternative, oder wenn dem Wahlorgan kein Wahlvorschlag vorgelegt wird, § 8 Abs. 3 Satz 7, 2. Alternative. Dieselbe Rechtsfolge muß aber auch eintreten, wenn der Vermittlungsausschuß auf eine gerichtliche Entscheidung über die Berechtigung der Ablehnung verzichtet¹¹⁶⁾. Der Vermittlungsausschuß könnte andernfalls den Eintritt der Wahlfreiheit, wenn das Wahlorgan auch den zweiten Vermittlungsvorschlag zurückgewiesen hat, gerade dadurch am sichersten verhindern, daß er keinen Antrag auf Überprüfung des Beschlusses stellt. Dieses Ergebnis ist mit dem Gesetz nicht vereinbar. Die Stellung des Wahlorgans wird zugunsten des Vermittlungsausschusses eingeengt. Das Wahlverfahren stagniert. Der Eintritt der Wahlfreiheit des Wahlorgans entspricht in diesem Falle allein der gestzlichen Regelung¹¹⁷⁾.

V, 2, c, β

Wird der Antrag auf Überprüfung des zweiten Ablehnungsbeschlusses bei dem Oberlandesgericht gestellt, so sind die Rechtsfolgen danach zu unterscheiden, ob der Ablehnungsbeschluß für berechtigt oder unberechtigt erklärt wurde.

V, 2, c, β, aa

Wird der Ablehnungsbeschluß für berechtigt erklärt, so tritt die Wahlfreiheit des Wahlorgans nach § 8 Abs. 3 Satz 7 ein¹¹⁸⁾.

V, 2, c, β, ββ

Wird der Ablehnungsbeschluß für unberechtigt erklärt, so hat das Wahlorgan einen der Vorgeschlagenen zu wählen, § 8 Abs. 3 Satz 6. Kommt das Wahlorgan dieser Rechtspflicht nicht nach,

¹¹⁵⁾ so für diesen Fall auch Kötter § 8 Anm. 26; Müller-Lehmann § 8 Anm. 32 behandeln nur den Fall, daß kein Antrag auf Nachprüfung der Ablehnung des ersten Vermittlungsvorschlags gestellt wurde.

¹¹⁶⁾ Daß über den Wortlaut des Gesetzes hinaus bestimmte Umstände die Wahlfreiheit des Wahlorgans begründen können, führt insbes. Kötter § 8 Anm. 26 aus.

¹¹⁷⁾ vgl. auch die Ausführungen zu Fall II, 2, c, α S. 64.

¹¹⁸⁾ siehe zu der Wahlfreiheit und ihren Schranken insbes. Müller-Lehmann § 8 Anm. 33 u. 34; auch Kötter § 8 Anm. 26.

so ist die ersatzweise Bestellung des elften Mannes nach § 89 AktG möglich, die auch auf Antrag des Vermittlungsausschusses erfolgen kann¹¹⁹⁾.

V, 3

Dem Wahlorgan wird kein zweiter Vermittlungsvorschlag vorgelegt.

Wird dem Wahlorgan kein zweiter Vermittlungsvorschlag vorgelegt, so wird das Wahlorgan frei, § 8 Abs. 3 Satz 7¹²⁰⁾.

Es besteht wie im Falle II, 3¹²¹⁾ auch hier die Frage, wann die Wahlfreiheit eintritt. Kötter¹²²⁾ ist der Ansicht, daß analog zu § 8 Abs. 3 Satz 1 dem Vermittlungsausschuß ein Zeitraum von einem Monat zur Aufstellung des zweiten Dreivorschlags zur Verfügung stehe; erst wenn dem Wahlorgan innerhalb dieser Frist kein zweiter Vorschlag unterbreitet werde, trete die Wahlfreiheit ein.

Diese Analogie zu § 8 Abs. 3 Satz 2 ist gerechtfertigt. In § 8 Abs. 3 Satz 5, 2. Halbsatz wird auf Satz 1 zwar nicht verwiesen; daraus läßt sich aber nicht der Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber ausdrücklich die Einmonatsfrist ausschließen wollte.

Die Verweisung auf Satz 1 wird vielmehr deshalb fehlen, weil man das Verfahren nach Ablehnung des zweiten Vermittlungsvorschlags vor Augen hatte und dies mit Hilfe der Verweisungstechnik zu lösen suchte, um Wiederholungen auszuschließen, aber an die Fristbestimmung für die Aufstellung des zweiten Vermittlungsvorschlags nicht dachte¹²³⁾.

Die Analogie wird durch den gleichen Sachverhalt gerechtfertigt, der bei der Aufstellung des ersten und bei der Aufstellung des zweiten Vermittlungsvorschlags gegeben ist. In beiden Fällen besteht für den Vermittlungsausschuß die Aufgabe, drei Personen für die Wahl des elften Mannes im Interesse der vol-

¹¹⁹⁾ siehe dazu die Ausführungen im 2. Teil dieses Abschnitts auf S. 80 ff. (109).

¹²⁰⁾ siehe zu dem Umfang der Wahlfreiheit Fußnote 118 auf S. 74 und die dortigen Literaturhinweise.

¹²¹⁾ oben S. 66.

¹²²⁾ Kötter § 8 Anm. 23 und ders. in NJW 1951, 419 Anm. 39; a. A. Boldt § 8 Anm. 11 a.

¹²³⁾ so Müller-Lehmann § 8 Anm. 27, der mit dieser Begründung ebenfalls zu einer analogen Anwendung des § 8 Abs. 3 Satz 1 kommt; so auch Horstmann, der von einem Redaktionsversehen spricht, a.a.O. S. 214.

len Aktionsfähigkeit der Gesellschaft möglichst schnell aufzustellen¹²⁴⁾.

Die Einmonatsfrist beginnt in dem Zeitpunkt, in dem der Vermittlungsausschuß sich zum ersten Male mit der Aufstellung des zweiten Vermittlungsvorschlags befassen kann. Das ist bei der Ablehnungsbestätigung des ersten Vermittlungsvorschlags durch das Oberlandesgericht der Tag, an dem der Beschluß wirksam wird, im Falle, daß von einer gerichtlichen Überprüfung Abstand genommen wird, der Tag, an dem der ablehnende Beschluß des Wahlorgans gefaßt wurde¹²⁵⁾ ¹²⁶⁾.

Nach Ablauf dieser Einmonatsfrist tritt die Wahlfreiheit ein.

VI

Das Wahlorgan lehnt den zweiten Vermittlungsvorschlag ab; das Oberlandesgericht bestätigt diesen Beschluß.

VI, 1

Das Wahlorgan wählt nach dem berechtigterweise von ihm zunächst abgelehnten zweiten Vermittlungsvorschlag.

Wählt das Wahlorgan den elften Mann nach dem zweiten Vermittlungsvorschlag, obwohl es diesen zunächst abgelehnt hatte und der Ablehnungsbeschluß auch von dem Gericht bestätigt wurde, so ist diese Wahl wirksam. So wenig die erste gerichtliche Entscheidung den ersten Vermittlungsvorschlag aufgehoben hat, so wenig hebt die zweite Entscheidung den zweiten Vermittlungsvorschlag auf¹²⁷⁾. Das Oberlandesgericht hat auch in diesem Falle lediglich die Gründe des Wahlorgans für die Ablehnung des Vorschlags anerkannt. Der Vermittlungsvorschlag besteht noch weiter. Es liegt die gleiche Rechtslage wie im Falle III, 1 vor. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen¹²⁸⁾.

Die Wahl des elften Mannes nach dem zweiten Vermittlungsvorschlag ist damit wirksam.

VI, 2

Das Wahlorgan wählt nicht nach dem berechtigterweise von ihm abgelehnten zweiten Vermittlungsvorschlag.

¹²⁴⁾ vgl. auch die Ausführungen oben auf S. 67 und die dazugehörige Anm. 82 mit den dortigen Literaturhinweisen.

¹²⁵⁾ so auch Kötter § 8 Anm. 23.

¹²⁶⁾ zu dem Beginn der Einmonatsfrist siehe auch die Ausführungen zu Fall II, 3 S. 66.

¹²⁷⁾ so auch oben auf S. 69 zu Fall III, 1.

¹²⁸⁾ oben Seite 69.

VI, 2, a

Das Wahlorgan faßt keinen Beschluß. Wählt das Wahlorgan in diesem Stadium des Verfahrens, in dem es an keinen Vorschlag mehr gebunden ist und frei wählen könnte, auch jetzt nicht eine Person zum elften Mann, so entsteht eine Rechtslage, die keine gesetzliche Regelung gefunden hat.

Der Vermittlungsausschuß kann in das Wahlverfahren nicht mehr eingreifen. Sein Einfluß ist mit der gerichtlichen Entscheidung, in der die Ablehnung des zweiten Vermittlungsvorschlags durch das Wahlorgan anerkannt wurde, ausgeschlossen worden. Eine Wahlpflicht des Wahlorgans nach § 8 Abs. 3 Satz 6 besteht nicht. Die einzige Möglichkeit, zu einer Vervollständigung des Aufsichtsrats durch die Bestellung des elften Mannes zu kommen, bietet die gerichtliche Ersatzbestellung. Die Ersatzbestellung nach § 89 AktG ist jedoch insofern problematisch, als in § 89 Abs. 4 Ziff. 1 ausdrücklich bestimmt wird, daß das Gericht den Aufsichtsrat hinsichtlich des elften Mannes nicht ergänzen kann. Fitting¹²⁹⁾ und Scholz¹³⁰⁾ lehnen aus diesem oben genannten Grunde¹³¹⁾ eine Analogie zu § 89 AktG ab¹³²⁾. In dem vorliegenden Fall dürfte § 89 Abs. 4 Ziff. 1 einer analogen Anwendung des § 89 Abs. 2 AktG jedoch nicht entgegenstehen¹³³⁾.

Der Grund für die Ausnahmeregelung des § 89 Abs. 4 Ziff. 1 kann nur darin liegen, jegliche Störung oder Präjudizierung des in § 8 MitbG bis ins einzelne festgelegten Wahlverfahrens auszuschließen. Das Wahlverfahren des § 8 MitbG soll nicht durch eine Ersatzbestellung beeinträchtigt werden. Im vorliegenden Falle ist eine solche Beeinträchtigung aber gerade nicht mehr möglich. Das Wahlverfahren des § 8 ist bereits vollständig durchgeführt worden.

VI, 2, b

Da das Wahlorgan von der Bindung an die Wahlvorschläge des Vermittlungsausschusses frei geworden ist, kann es jede Per-

¹²⁹⁾ Fitting, Arbeitsrechtsblattei, Mitbestimmung III, A Unterabschnitt C, VII, 3.

¹³⁰⁾ Scholz (GmbH) § 52 Anm. 35.

¹³¹⁾ Allerdings behandeln Fitting und Scholz die Frage nicht in diesem Zusammenhange, sondern bei der Erörterung der Rechtsfolgen des § 8 Abs. 3 Satz 6 MitbG.

¹³²⁾ Siehe auch die ablehnenden Stellungnahmen von Wagner in BB 1957 S. 714 und Neumann-Duesberg S. 628.

¹³³⁾ vgl. dazu unter S. 80 ff. die eingehenden Ausführungen zu der Frage, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn das Wahlorgan trotz der Bindungswirkung des § 8 Abs. 3 Satz 6 den elften Mann nicht nach dem Vorschlag des Vermittlungsausschusses wählt.

son wählen, die die allgemeinen Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 MitbG erfüllt, § 8 Abs. 3 Satz 7 MitbG¹³⁴).

VI, 2, c

Lehnt das Wahlorgan den zweiten Vermittlungsvorschlag erneut ab, so hat dieser Beschluß keine weitere Bedeutung. Er kann höchstens ein Hinweis dafür sein, daß das Wahlorgan auch künftig den elften Mann nicht wählen will, so daß dann eine Ersatzbestellung nach § 89 Abs. 2 AktG in Betracht kommt¹³⁵).

VII

Das Wahlorgan lehnt den zweiten Vermittlungsvorschlag ab; das Oberlandesgericht bestätigt diesen Beschluß nicht.

VII, 1

Das Wahlorgan wählt nach dem zweiten, unberechtigterweise zunächst abgelehnten Vermittlungsvorschlag.

Wählt das Wahlorgan nun den elften Mann nach dem zweiten Vermittlungsvorschlag, so kommt eine wirksame Wahl nach § 8 Abs. 3 Satz 6 zustande¹³⁶).

VII, 2

Das Wahlorgan wählt auch jetzt nicht nach dem von ihm unberechtigterweise abgelehnten, zweiten Vermittlungsvorschlag.

VII, 2, a

Faßt das Wahlorgan keinen Beschluß zur Wahl des elften Mannes, so besteht die Möglichkeit der Ersatzbestellung nach § 89 AktG¹³⁷).

Mit der Entscheidung des Oberlandesgerichts ist die Bindungswirkung des § 8 Abs. 3 Satz 6 eingetreten. Das Wahlorgan hat den elften Mann nach dem Vorschlag des Vermittlungsausschusses zu wählen. Eine Klage des Vermittlungsausschusses gegen die Gesellschaft auf Wahl des elften Mannes nach dem von dem Oberlandesgericht anerkannten Vermittlungsvorschlag ist jedoch rechtlich nicht möglich¹³⁸).

¹³⁴) vgl. zu den allgemeinen Wahlvoraussetzungen Kötter § 8 Anm. 8 ff., aber auch die Ausführungen im Abschnitt 1, A, I, 1 der Arbeit und die dortigen Literaturhinweise.

¹³⁵) Fall VI, 2, a oben S. 77.

¹³⁶) vgl. die Fälle I, 1 (S. 53), II, 1 (S. 59), IV, 1 (S. 70), V, 1 (S. 72).

¹³⁷) vgl. Fall IV, 2, a (S. 71) und die dortigen Ausführungen.

¹³⁸) siehe die eingehende Untersuchung dieser Frage im 2. Teil dieses Abschnitts unten auf S. 80 ff.

VII, 2, b

Die Wahl einer nicht vorgeschlagenen Person ist nichtig, § 197 Ziff. 3 AktG in Verbindung mit § 8 MitbG; die Wahl nach dem Vorschlag der Aufsichtsratsmitglieder oder nach dem ersten Vermittlungsvorschlag ist auch jetzt noch wirksam¹³⁹⁾. Im übrigen besteht die gleiche Rechtslage wie im Falle VII, 2, a¹⁴⁰⁾.

VII, 2, c

Faßt das Wahlorgan erneut einen ablehnenden Beschluß, so ist dieser Beschluß nichtig, § 195 Ziff. 3 AktG / § 8 MitbG.

Die Bindungswirkung des § 8 Abs. 3 Satz 6 bleibt bestehen. Die Ersatzbestellung nach § 89 AktG ist möglich¹⁴¹⁾.

¹³⁹⁾ vgl. Fall I, 2, b (S. 56), II, 2, b (S. 61), III, 2, b (S. 70), V, 2, b (S. 73), VI, 2, b (S. 77) und insbesondere IV, 2, b (S. 71).

¹⁴⁰⁾ oben S. 78.

¹⁴¹⁾ siehe dazu die eingehende Untersuchung der Bindungswirkung des § 8 Abs. 3 Satz 6 und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen im 2. Teil dieses Abschnitts auf S. 80 ff.

Zweiter Teil:

Die Bindungswirkung des § 8 Abs. 3 Satz 6 MitbG

A. § 8 Abs. 3 Satz 6 MitbG als Rechtsgebot.

In § 8 Abs. 3 Satz 6 MitbG heißt es wörtlich: „Wird die Ablehnung der Wahl von einem Gericht für unberechtigt erklärt, so hat das Wahlorgan einen der Vorgeschlagenen zu wählen.“

Um die Rechtsfolgen dieser gesetzlichen Regelung im einzelnen zu erkennen, ist zunächst deren Rechtsnatur näher zu bestimmen. Das Gesetz enthält nach seinem Wortlaut für eine bestimmte Situation ein bestimmtes Gebot. Es ist die Frage zu prüfen, ob dieses Gebot unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte und des Sachzusammenhanges¹⁾ als ein Rechtsgebot angesehen werden kann. Trifft dies zu, so ist weiter zu untersuchen, ob dieses Rechtsgebot auch als solches durchsetzbar ist, insbesondere, ob auf das Wahlorgan ein rechtlicher Zwang durch Klagerhebung mit der Möglichkeit der Vollstreckung eines so erstrittenen Urteils ausgeübt werden kann.

In der Literatur wird § 8 Abs. 3 Satz 6 sehr unterschiedlich kommentiert.

Kötter²⁾ ist der Auffassung, daß ein Zwang zur Vornahme einer Vorschlagswahl nicht ausgeübt werden könne. Er bezeichnet das Gesetz als eine *lex imperfecta*³⁾. Für den Fall, daß dem Gebot

¹⁾ siehe zu den Fragen der Auslegung eines Gesetzes insbesondere BVerfG Bd. 1, S. 299 (312), BVerfG Bd. 11 S. 130 und die kritische Betrachtung zu dieser Rechtsprechung von Horst Joachim Müller in JZ 1962 S. 471 ff., weiterhin BGHZ 17, 266 (275), RGZ 145, 366, OLG Celle in NJW 1953, 1471, OLG München in NJW 1958, 1301, Enneccerus-Nipperdey Allg.T. 15. Aufl. 1. Halbband 1959 S. 324 ff. und Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft 1960 S. 30 ff. und 237 ff. auch Bender in JZ 1957, S. 593 ff.; zur Auslegung von Wirtschaftsgesetzen vgl. insbes. Kronstein Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht, S. 18.

²⁾ Kötter § 8 Anm. 25

³⁾ Die Bezeichnung *lex imperfecta* ist in diesem Zusammenhange nicht ganz zutreffend. Die Einteilung in *lex perfecta*, *imperfecta* etc. ist eigentlich nur bei Verbotsgesetzen und nicht bei Gebotsgesetzen

nicht nachgekommen werde, bejaht Kötter in Analogie zu §§ 7 MitbG, 89 AktG, 29 BGB die Möglichkeit einer gerichtlichen Ersatzbestellung⁴⁾ 5).

Boldt⁶⁾ meint, die Durchführung der Wahl des elften Mannes könne mangels besonderer Vorschriften nicht gegenüber dem Wahlorgan durch Ordnungsstrafen oder andere Maßnahmen erzwungen werden; eine gerichtliche Ersatzbestellung sei ebenfalls nicht möglich⁷⁾; lediglich im Falle der Neugründung habe das Gesetz einen mittelbaren Zwang zur Bestellung des elften Mannes dadurch begründet, daß das Registergericht nur befugt ist, eine Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister vorzunehmen, wenn alle Aufsichtsratsmitglieder, und damit auch der elfte Mann, bestellt sind, § 31 in Verbindung mit § 29 Abs. 2 Nr. 3 AktG⁸⁾.

Die Möglichkeit einer gerichtlichen Durchsetzbarkeit des Rechtsgebots wird ebenfalls, wenn auch ohne Begründung, von Spieker verneint⁹⁾. Die gerichtliche Ersatzbestellung lehnt er zusammen mit Fitting¹⁰⁾ und Scholz¹¹⁾ unter Hinweis auf § 89 Abs. 4 Ziff. 1 AktG n.F.¹²⁾ ab. Müller-Lehmann¹³⁾ kommentieren, daß das Wahlorgan im Falle des § 8 Abs. 3 Satz 6 einen Vorgeschlagenen wählen müsse; die Konsequenzen, die sich daraus ergeben sollen, werden allerdings nicht aufgezeigt.

In der angeführten Literatur wird in erster Linie zu den Wirkungen des § 8 Abs. 3 Satz 6 Stellung genommen. Eingehende Erörterungen zu der Problematik finden sich jedoch nicht.

üblich. Unter *lex imperfecta* bezeichnet man danach, ein Verbots-gesetz, dessen Verletzung weder die Unwirksamkeit der das Gesetz verletzenden Rechtshandlung noch eine Straffolge begründet; siehe dazu auch die Ausführungen unten auf S. 93 und die dortigen Literaturhinweise.

⁴⁾ Kötter a.a.O.

⁵⁾ § 7 MitbG ist jedoch mit Wirkung vom 15. Juli 1957 durch das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Aktienrechts und des Mitbestimmungsrechts (BGBl. I 714) aufgehoben und § 89 AktG neu gefaßt worden. Diese Änderungen konnte Kötter in seinem 1952 erschienenen Kommentar nicht berücksichtigen; die Problematik stellt sich daher in neuer Form.

⁶⁾ Boldt § 8 Anm. 11 b und 12.

⁷⁾ Boldt § 8 Anm. 12 a und b.

⁸⁾ Boldt § 8 Anm. 12 c.

⁹⁾ Spieker: Der Aufsichtsrat der mitbestimmten Montan-GmbH S. 39.

¹⁰⁾ Fitting, Arbeitsrechtsblattei, Mitbestimmung III, A, Unterabschnitt C VII 3.

¹¹⁾ Scholz (GmbH) § 52 Anm. 35.

¹²⁾ § 89 AktG in der Fassung des Gesetzes vom 15. Juli 1957; vgl. auch die obige Anm. 5.

¹³⁾ Müller-Lehmann § 8 Anm. 30.

Die zunächst zu behandelnde Frage nach der Rechtsnatur der Bestimmung ist nicht näher geprüft worden. Die Ausführungen zu der Rechtsfolgenwirkung lassen aber erkennen, daß § 8 Abs. 3 Satz 6 allgemein als Rechtsgebot angesehen wird. Eine solche Auffassung besteht zu Recht.

Der Charakter als Rechtsgebot ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut, sondern auch aus der Entstehungsgeschichte und dem inneren Sachzusammenhang. Der gesetzliche Wortlaut „das Wahlorgan hat zu wählen“, läßt nur eine Auslegung zu: es wird ein Rechtsgebot ausgesprochen. Der Wortlaut ist eindeutig.

Der Wortinterpretation kann im vorliegenden Falle ein besonderes Gewicht gegeben werden, da der Gesetzgeber sich nach vielen Änderungen des § 8 Abs. 3 gerade für diese Wortfassung entschieden hat¹⁴⁾.

Im Bundestag wurden vor der endgültigen Formulierung des § 8 Abs. 3 Satz 6, wenn auch nicht über die Bedeutung der Worte „hat zu wählen“, so aber über die Bedeutung der Worte „soll“ und „muß wählen“ in § 8 Abs. 3 Satz 1 eingehende Ausführungen gemacht¹⁵⁾. Der Bundeskanzler selbst hat zu dieser Frage in der dritten Lesung des Gesetzes das Wort ergriffen¹⁶⁾. Nach seinen Ausführungen bringt die Formulierung „soll wählen“ bereits eine Bindung des Wahlorgans an den Wahlvorschlag zum Ausdruck; die Bindungswirkung ist nur noch nicht wie bei der Formulierung der Worte „muß wählen“ unbeschränkt; das Wahlorgan kann bei ernststen Bedenken den Vorschlag zurückweisen.

Diese Ausführungen zeigen nicht nur, daß der Gesetzgeber die unterschiedliche Bedeutung der einzelnen Formulierungen klar erkannt und den Wortlaut ganz bewußt in dieser Form gewählt hat, wodurch die Wortinterpretation ihr besonderes Gewicht erhält, die Ausführungen zeigen auch die Vorstellungen des Gesetzgebers über die Art und den materiellen Gehalt der Bestimmung. In der Rede des Bundeskanzlers kommt zum Ausdruck, daß die Regierungsparteien ein zwischen den Interessengruppen auf Ausgleich bedachtes Wahlverfahren schaffen wollten, in dem das Wahlorgan nur bei Vorliegen bestimmter Gründe den Wahlvorschlag zurückweisen kann, im anderen Falle aber den elften Mann nach dem Wahlvorschlag zu wählen habe. Damit hat der

¹⁴⁾ vgl. allein die von dem MdB Dr. Schröder aufgezählten Fassungen des § 8 Abs. 3, BT Protokolle, 3. Beratung, 132. Sitzung vom 10. Mai 1951, S. 5081.

¹⁵⁾ BT Protokolle a.a.O. S. 5082.

¹⁶⁾ BT Protokolle a.a.O. S. 5083.

Gesetzgeber ein stufenförmiges Verfahren geschaffen, das von einer beschränkten zu einer unbeschränkten Bindung des Wahlorgans führt. Auf der letzten Stufe begründet diese unbeschränkte Bindung an den Wahlvorschlag das unbeschränkte Rechtsgebot des § 8 Abs. 3 Satz 6. Es ist die Folge des Wahlverfahrens, von dem Gesetzgeber als Rechtsgebot erkannt und gewollt.

Von dieser Bewertung des § 8 Abs. 3 Satz 6 kann im folgenden ausgegangen werden. Damit ist jedoch noch nicht die Frage beantwortet, ob das Wahlorgan bzw. die Gesellschaft zu der Wahl des elften Mannes in den Fällen des § 8 Abs. 3 Satz 6 gezwungen werden kann¹⁷⁾, d.h. ob das Rechtsgebot durchsetzbar ist.

B. Die Erzwingbarkeit des Rechtsgebots

I. Allgemeine Grundsätze für die Erzwingbarkeit eines Rechtsgebots

Die Erzwingbarkeit ist kein wesentliches Begriffsmerkmal eines Rechtsgebots¹⁸⁾.

Staatsverfassungen, insbesondere die Grundrechte im 2. Teil der Weimarer Verfassung¹⁹⁾, aber auch einzelne Grundrechte des Bonner Grundgesetzes²⁰⁾ enthalten oft zahlreiche, in voller Wirkung stehende und doch durch keinerlei äußeren Zwang geschützte Rechtsgebote. Ähnliche Fälle finden sich im Bereiche des Privatrechts. So kann das Versprechen auf Eingehung der Ehe nicht eingeklagt werden, § 1297 BGB²¹⁾, für das Urteil auf

¹⁷⁾ vgl. dazu insbesondere im 1. T. dieses Abschnittes die folgenden Fälle: IV 2 a (S. 71), IV 2 b (S. 71), V 2 a (S. 72), V 2 b (S. 73), VII 2 a (S. 78), VII 2 b (S. 79), VII 2 c (S. 79).

¹⁸⁾ Enneccerus-Nipperdey § 31 II (S. 203); anders noch nach Enneccerus-Nipperdey a.a.O. die ältere Literatur, die von Kant beeinflusst war; auch Ihering, Zweck im Recht I, Kap. VIII, 2, 10: „Recht ist der Inbegriff der in einem Staate bestehenden Zwangsnormen“; siehe dazu weiter Binding, Normen, 2. Aufl., I S. 63 ff., 483 ff. u. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, I § 15.

¹⁹⁾ vgl. dazu Thoma in Nipperdey, Grundrechte Bd. 1 S. 1929.

²⁰⁾ so etwa Art. 2 GG, siehe zu der Auslegung dieses Grundrechts BVerwG Bd. 7 S. 180 (187), Bd. 11 S. 133 (135) und die Anmerkungen in dem Urteil von Bachof in JZ 1962 S. 399 ff. (400) a.A. allerdings Dürig in Maunz-Dürig; Kommentar z. GG, Art. 2 Abs. 1 Randnr. 5 ff. vgl. in diesem Zusammenhang auch die Rechtsprechung zu § 19 d. Gesetzes zu Art. 131 GG Württ.Bad.VGH in DVBl. 1952, S. 600, OVG Rheinlandpfalz in ZBR 1953 S. 145, OVG Münster in DVBl. 1955 S. 603, Hess. VerwGH in DÖV 1952 S. 84.

²¹⁾ vgl. Lauterbach in Palandt § 1297 Anm. 1; v. Tuhr Bd. 1 S. 97.

Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft oder auf Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag ist die Möglichkeit der Vollstreckung ausgeschlossen, § 888 ZPO²²⁾).

Wesentlich für ein Rechtsgebot ist, daß es schlechthin verpflichten soll, und zwar in dem Sinne, daß weder dem Gewissen noch dem Willen des Einzelnen die letzte Entscheidung überlassen bleibt²³⁾. Um dem von der Verpflichtung getragenen und von der Rechtsordnung bezweckten Rechtserfolg eine möglichst große Wirksamkeit zu geben, liegt allerdings in jedem Rechtsgebot die allgemeine Tendenz nach einer zwangsweisen Durchsetzbarkeit. „Das Recht strebt seiner zwangsweisen Verwirklichung zu“, schreibt Sohm²⁴⁾, oder Nipperdey bezeichnet den Zwangsschutz als „den regelmäßigen Begleiter der Rechtsgebote“²⁵⁾. Die regelmäßige Erzwingbarkeit des Rechts findet dort eine Grenze, wo ihr unüberwindliche Widerstände, seien sie tatsächlicher, sittlicher oder rechtlicher Art, entgegenstehen oder die Durchsetzbarkeit nicht erforderlich ist²⁶⁾.

II. Die Erzwingbarkeit des Rechtsgebots des § 8 Abs. 3 Satz 6.

1. Der Wortlaut des § 8 Abs. 3 Satz 6 im Vergleich zu anderen gesetzlichen Bestimmungen.

Der Ausschluß der gerichtlichen Durchsetzung eines Rechtsgebots ergibt sich in vielen Fällen aus dem Gesetz selbst. Der Gesetzgeber schließt die Erzwingbarkeit expressis verbis aus oder setzt eine andere Rechtsfolge bei Verletzung des Rechtsgebots fest.

Für den Ausschluß der Klagbarkeit aus dem Eheversprechen ist dies in § 1297 BGB, für den Ausschluß der Vollstreckbarkeit aus einem Urteil auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft oder Leistung von Diensten ist dies in § 888 Abs. 2 ZPO geschehen²⁷⁾.

Im Betriebsverfassungsgesetz, das dem Mitbestimmungsgesetz von der Rechtsmaterie am nächsten steht — auch hier werden

²²⁾ Baumbach-Lauterbach § 888 Anm. 4 A; siehe insbes. auch Burckhardt: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 273.

²³⁾ Enneccerus-Nipperdey § 31 II (S. 204).

²⁴⁾ Sohm, Kirchenrecht I, S. 2; vgl. auch v. Gierke a.a.O., I § 15.

²⁵⁾ Enneccerus-Nipperdey § 31 II (S. 204); siehe dazu auch Burckhard a.a.O. S. 271.

²⁶⁾ vgl. Enneccerus-Nipperdey § 31 II (S. 204).

²⁷⁾ vgl. oben S. 83 und die dortige Fußn. 21.

Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeber- bzw. Anteilseignerseite begründet und gegenüber anderen Rechten abgegrenzt — sind die Rechtsfolgen der einzelnen Rechtspositionen detailliert geregelt. An die Verletzung der Rechte knüpfen sich in den meisten Fällen Strafbestimmungen an.

Dem Anhörungsrecht des Betriebsrats bei Kündigung, Masseneinstellung, Masseneinstellung und Versetzung, § 66 BetrVerfG, folgt die Strafbestimmung des § 78 BetrVerfG²⁸⁾.

Zur Durchsetzung des dem Wirtschaftsausschuß gegebenen Auskunftrechts, § 69 BetrVerfG, ist der Straftatbestand des § 78 Abs. 1, d BetrVerfG geschaffen worden²⁹⁾.

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Betriebsänderungen, § 72 BetrVerfG, findet hinsichtlich seiner Rechtswirkungen eine besondere Ausgestaltung. Betriebsrat und Unternehmer können bei Interessenstreitigkeiten eine behördliche Stelle oder eine zu bildende Vermittlungsstelle anrufen³⁰⁾. Kommt der Unternehmer dem Einigungsvorschlag nicht nach, und wird er durch Handlungen oder Unterlassungen, die ohne zwingenden Grund von dem Vorschlag abweichen, genötigt, Kündigungen auszusprechen, so können die betroffenen Arbeitnehmer vor dem Arbeitsgericht auf Zahlung einer Abfindung klagen^{31) 32)}.

Die gerichtliche Durchsetzbarkeit des Rechtsgebots in § 8 Abs. 3 Satz 6 ist nicht — wie in den oben³³⁾ angeführten §§ 1297 BGB und 888 ZPO — von dem Gesetzgeber ausdrücklich ausgeschlossen worden. Eine besondere Rechtsfolge wie in den erörterten §§ 66, 69 und 72 BetrVerfG³⁴⁾ wurde nicht an die Verletzung dieses Gebots geknüpft. Dieser Umstand läßt jedoch nicht zwingend den Schluß zu, daß gerade weil der Gesetzgeber die gerichtliche Geltendmachung nicht ausgeschlossen und eine besondere gesetzliche Regelung bei Verletzung des Gebots nicht begründet hat, das Rechtsgebot im Wege der Klage durchsetzbar sein müsse³⁵⁾.

²⁸⁾ in Betracht kommt in erster Linie eine Bestrafung nach § 78 Abs. 1 Buchst. b, vgl. Galperin-Siebert § 66 Anm. 14.

²⁹⁾ siehe dazu Galperin-Siebert § 69 Anm. 26.

³⁰⁾ siehe dazu im einzelnen § 72 Abs. 2 und zu dem Verfahren vor der Vermittlungsstelle § 73 BetrVerfG und die ausführliche Kommentierung dieser Bestimmungen bei Galperin-Siebert und Fitting-Kraegle zu § 72 und 73 BetrVerfG.

³¹⁾ zu den Rechtsfolgen im einzelnen vgl. Galperin-Siebert §§ 72 Anm. 31 ff.

³²⁾ siehe die detaillierte gesetzliche Regelung in § 74 BetrVerfG.

³³⁾ oben S. 84.

³⁴⁾ oben S. 84.

³⁵⁾ vgl. auch Esser, Einführung S. 152.

Der Ausschluß der Erzwingbarkeit eines Rechtsgebots braucht sich nicht aus dem Gesetz selbst zu ergeben³⁶⁾).

2. Die Gesetzesmaterialien des § 8 Abs. 3 Satz 6.

Die Materialien zu dem Gesetz geben keinen sicheren Hinweis, welche Vorstellungen der Gesetzgeber von den Rechtsfolgen des § 8 Abs. 3 Satz 6 gehabt hat.

Aus den bereits oben angeführten Erörterungen im Bundestag über die Abfassung des Gesetzestextes³⁷⁾ ist nur der Wille zu erkennen, daß ein unzweideutiges Rechtsgebot aufgestellt werden sollte. Weitere Folgerungen können aus den Ausführungen der Abgeordneten nicht gezogen werden.

Die Worte des CDU-Abgeordneten Dr. Schröder, „die Bildung einer *lex imperfecta* muß jedenfalls verhindert werden“³⁸⁾ bringen eine bestimmte Vorstellung über die beabsichtigte Rechtswirkung des § 8 Abs. 3 Satz 6 zum Ausdruck. Der Wille, ein gerichtlich durchsetzbares Rechtsgebot zu schaffen, ist diesen Äußerungen jedoch nicht zu entnehmen.

Mit der *lex imperfecta* wurde nach gemeinem Recht ein *Verbot*s gesetz bezeichnet, an das sich weder die Rechtsfolge einer Strafe noch die der Nichtigkeit der gegen das Gesetz verstoßenden Rechtshandlung knüpft³⁹⁾. Auf das *Gebot*s gesetz bezogen würde eine *lex imperfecta* bedeuten, daß ein Verstoß gegen das Rechtsgebot auch hier keine Straffolge und keine Unwirksamkeit der betreffenden Rechtshandlung begründet. Ein solches Gesetz sollte nach den Äußerungen von Dr. Schröder vermieden werden. Nach der oben vertretenen Auffassung, nach der ein Verstoß gegen das Rechtsgebot die Nichtigkeit des Wahlbeschlusses zur Folge hat⁴⁰⁾, ist dies auch geschehen. Die entschiedene Ablehnung einer *lex imperfecta* besagt jedoch nichts über die Erzwingbarkeit des Rechtsgebots, insbesondere beinhaltet sie nicht die Forderung nach einem Rechtsgebot, das gerichtlich durchsetzbar ist. Die Materialien geben damit für die Lösung der Rechtsfrage keine Antwort.

³⁶⁾ vgl. oben die bereits dargelegten allgemeinen Grundsätze auf S. 83/84.

³⁷⁾ oben S. 82.

³⁸⁾ BT Protokolle 132. Sitzung v. 10. 4. 1951 S. 5082.

³⁹⁾ vgl. Enneccerus-Nipperdey § 190 Abs. 2; Staudinger-Coing § 134 I, 1, Lange, Studienbuch, BGB Allg. Teil 5. Aufl. S. 57/58.

⁴⁰⁾ oben S. 56 f.

3. Prüfung der Durchsetzbarkeit des Rechtsgebots nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen

Die Frage nach der Durchsetzbarkeit des Rechtsgebots läßt sich im vorliegenden Falle nur beantworten, wenn die einzelnen materiell- und prozeßrechtlichen Voraussetzungen durchgeprüft werden, die bei einem durchsetzbaren Rechtsgebot vorliegen müssen.

a) Gründe für den Ausschluß der Erzwingbarkeit eines Rechtsgebots

Aus sittlichen Beweggründen ist die Erzwingbarkeit des in § 8 Abs. 3 Satz 6 begründeten Rechtsgebots nicht ausgeschlossen. Sittliche Beweggründe waren entscheidend, die Erzwingbarkeit des Eheversprechens oder der Herstellung des ehelichen Lebens nicht zuzulassen⁴¹⁾; das gleiche trifft für den Ausschluß der Vollstreckbarkeit aus einem Urteil zu, das die Verpflichtung einer Dienstleistung aus einem Dienstvertrag zum Gegenstand hat. Im vorliegenden Falle handelt es sich jedoch um ein Rechtsgebot, das einen bestimmten wertneutralen Handlungserfolg von einer juristischen Person, bzw. von einem Organ der juristischen Person, verlangt. Das Gebot liegt außerhalb des sittlichen Wertbereiches.

b) Die einzelnen positiv erforderlichen Voraussetzungen für die Durchsetzbarkeit eines Rechtsgebots, insbesondere: Das Recht auf Klagerhebung.

Vor Prüfung der Frage, ob das Prozeß- und Zwangsvollstreckungsrecht eine Erzwingung des Rechtsgebots zulassen, ist zu untersuchen, ob das Rechtsgebot überhaupt im Wege des Privatrechts einklagbar sein soll und wem in diesem Falle das Recht auf Klagerhebung zugeordnet ist.

Der juristischen Person, den Mitgliedern des Vorstands, Aufsichtsrats, des während des Wahlverfahrens besonders eingerichteten Vermittlungsausschusses oder den Aktionären der Gesellschaft ist dieses Recht nicht ausdrücklich zugewiesen worden. Es bleibt jedoch zu untersuchen, ob dieses Recht auf Grund allgemeiner Rechtssätze einem bestimmten Rechtssubjekt zugeordnet ist. Dies kann in der Form eines subjektiven Rechts geschehen sein.

⁴¹⁾ vgl. Palandt (bearb. v. Lauterbach) § 1297 Anm. 1; RGR Komm. zu § 1297.

aa) Die Geltendmachung des § 8 Abs. 3 Satz 6 als subjektives Recht

Für die zu untersuchende Frage braucht auf die einzelnen Begriffsbestimmungen⁴²⁾ und theoretischen Grundlagen⁴³⁾ des subjektiven Rechts nicht weiter eingegangen zu werden. Erforderlich ist nur, die einzelnen Kriterien herauszustellen, die das subjektive Recht kennzeichnen.

Mit dem subjektiven Recht ist immer entweder eine konkrete Rechtspflicht wie bei den Forderungsrechten oder eine allgemeine, eine Personenmehrheit betreffende Verpflichtung wie bei den Beherrschungsrechten verbunden.⁴⁴⁾ Diese Rechtspflicht, im vorliegenden Falle die Verpflichtung des Wahlorgans bzw. der betreffenden Gesellschaft, eine bestimmte Person zum elften Mann wählen zu müssen, ist jedoch für sich allein genommen nicht das wesentliche Kennzeichen für ein subjektives Recht. Die Rechtspflicht kann auch durch eine „objektive Norm“⁴⁵⁾ begründet sein⁴⁶⁾. Sie ist nicht das notwendige Gegenstück zu dem subjektiven Recht sondern zu jedem Rechtsgebot.

Die Begünstigung einer Person oder Personengruppe durch eine bestimmte Rechtslage ist ein Hinweis dafür, daß das entsprechende Recht dieser Person oder Personenmehrheit auch rechtlich zugeordnet ist. Es gibt jedoch neben den subjektiven Rech-

⁴²⁾ zu der Begriffsbestimmung des subjektiven Rechts siehe: Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts I § 37; Ihering: Geist des römischen Rechts, III §§ 60, 61; Fleiner: Institutionen S. 175; v. Tuhr Bd. 1 S. 56; K. Blomeyer: Festschrift für H. Lehmann S. 105; Enneccerus-Nipperdey § 72 (S. 429); Lehmann a.a.O. § 10 III (S. 70 u. 72); vgl. auch die Literatur aus dem öffentlichen Recht, in dem der Begriff des subjektiven Rechts noch nicht so ausgeprägt ist, siehe vor allem aus der älteren Literatur Jellinek: System des subjektiven öffentlichen Rechts, 1905, S. 51, 79, 127 und Laband: Staatsrecht des Deutschen Reiches; Bd. 1, 5. Aufl., S. 331; aus der neueren Literatur siehe die Ausführungen von Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts S. 170 ff., insbes. auch die Literaturübersicht auf S. 171 Anm. 1 und Turegg-Kraus: Verwaltungsrecht S. 162.

⁴³⁾ vgl. dazu insbes. die Darstellungen von Enneccerus-Nipperdey a.a.O.

⁴⁴⁾ Merkel: Juristische Enzyklopädie § 165; Otto v. Gierke: Deutsches Privatrecht § 28 (S. 254/55); Regelsberger: Pandekten § 16 (S. 80); Enneccerus-Nipperdey § 74 (S. 443).

⁴⁵⁾ Lehmann a.a.O. § 72 (S. 428).

⁴⁶⁾ so insbes. Enneccerus-Nipperdey § 74 (S. 444); Merkel a.a.O.; Regelsberger a.a.O.; anderer Ansicht offenbar Otto v. Gierke a.a.O.; Eckhardt: Deutsche Rechtswissenschaft, Bd. 1, S. 7 ff. geht für die Frage nach der Klagbarkeit eines Rechts allein von einer von ihm aufgestellten Pflichtenordnung aus.

ten auch andere Rechte, deren Vollziehung im Interesse von bestimmten Personen liegt.

Im Verwaltungsrecht schützen viele gesetzliche Bestimmungen, wie insbesondere Polizei-, Bau- oder Impfgesetze oder die Straßenverkehrsordnung die Rechtssphäre des einzelnen, so daß deren Vollziehung auch im Interesse des einzelnen liegt und auch ihn begünstigt. Die Begünstigung allein schafft aber kein einklagbares Recht⁴⁷⁾. Man spricht von einer Reflexwirkung dieser Gesetze⁴⁸⁾.

Im Bereich des Privatrechts bieten der unechte Vertrag zugunsten eines Dritten, § 382 Abs. 2 BGB, der Fall der Schuldübernahme solange der Gläubiger den Vertrag noch nicht genehmigt hat, § 415 Abs. 3 BGB und die testamentarische Auflage, § 1940 BGB, Beispiele für die Begründung einer begünstigenden Rechtsposition ohne Möglichkeit der Geltendmachung dieser Rechte⁴⁹⁾. Das persönliche Interesse an der Verwirklichung des Rechts ist eine wesentliche Eigenschaft eines subjektiven Rechts, aber nicht das allein entscheidende Kriterium⁵⁰⁾.

Entscheidend ist vielmehr, ob das Rechtsgebot von der Rechtsordnung als eine dem einzelnen oder mehreren Personen fest zugeeignete Macht betrachtet und behandelt wird⁵¹⁾, oder noch stärker das allein wesentliche Merkmal hervorkehrend, ob der Gesetzgeber die Erzwingbarkeit des Rechtsgebots in die Hand eines einzelnen oder mehrerer Personen legen und damit die Durchsetzbarkeit von dessen oder deren Willensentscheidung abhängig machen wollte⁵²⁾.

§ 8 Abs. 3 Satz 6 stellt die Rechtspflicht auf, unter den vorgeschlagenen Personen den elften Mann im Aufsichtsrat zu wählen. Das Rechtsgebot wendet sich an das Wahlorgan einer Kapitalgesellschaft. Als Träger eines subjektiven Rechts kommen für dieses Rechtsgebot die Verwaltungsorgane, Vorstand und Auf-

⁴⁷⁾ z.B. VG Frankfurt/Main in DÖV 1961, S. 313 für die Verkehrsregelung nach der StVO; siehe in diesem Zusammenhang auch Martens: Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln in Jus 1962, S. 245 ff.

⁴⁸⁾ Lehmann a.a.O. § 10 (S. 71);

vgl. aus dem öffentlichen Recht Turegg-Kraus a.a.O. S. 171.

⁴⁹⁾ die Beispiele finden sich bei Enneccerus-Nipperdey § 72 I 1 (S. 431).

⁵⁰⁾ Enneccerus-Nipperdey a.a.O.; Lehmann a.a.O.; und insbes. auch Schantz: Das subjektive Recht, S. 14; a. A. Eltzbacher: Handlungsfähigkeit, S. 61 u. 106 ff.

⁵¹⁾ Enneccerus-Nipperdey a.a.O.

⁵²⁾ Lehmann a.a.O. § 10 III (S. 72); v. Tuhr, Allg.T., Bd. 1 S. 54 u. 58; Esser: Einführung, Grundbegriffe des Rechts S. 153; Burckhardt a.a.O. S. 312; Hold v. Ferneck, Rechtswidrigkeit, Bd. 2 S. 116 ff. (117).

sichtsrat der betreffenden juristischen Person, der in das Wahlverfahren eingeschaltete Vermittlungsausschuß, die juristische Person selbst und die Mitglieder der Verwaltungsorgane oder die Aktionäre in Betracht.

Von der Durchsetzung des Rechtsgebots hängen folgende Rechtswirkungen ab: Mit der Wahl des elften Mannes wird der Aufsichtsrat auf seine nach dem Gesetz oder Satzung festgesetzte Zahl gebracht. Er erhält für den Fall eines Interessengegensatzes zwischen Arbeitnehmer- und Anteilseignervertreter durch die besondere Rechts- und Aufgabenstellung des elften Mannes seine Funktionsfähigkeit⁵³⁾.

An die vollzählige Bestellung des Aufsichtsrats knüpfen sich keine besonderen Rechtsfolgen. Auch bei unvollständiger Besetzung des Aufsichtsrats kann dieser wirksame Beschlüsse fassen und seine Aufgaben innerhalb der Gesellschaft erfüllen, soweit nur die zur Beschlußfähigkeit erforderliche Zahl von Mitgliedern anwesend ist⁵⁴⁾. Eine Ausnahme bildet nur der Fall, daß sich eine Gesellschaft noch im Gründungsstadium befindet, da die Eintragung im Handelsregister erst erfolgen kann, wenn eine Liste aller Aufsichtsratsmitglieder vorgelegt wird, §§ 29 Abs. 2 Nr. 3 und 31 AktG⁵⁵⁾.

a Die Stellung der Aktionäre zu dem Rechtsgebot

Durch die Wahl des elften Mannes mit den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen wird die Rechtssphäre des einzelnen Aktionärs nicht berührt.

Die Mitgliedschaftsrechte des Aktionärs sind auf einen bestimmten Wirkungskreis beschränkt. Als Vermögensrechte wie der Anspruch auf Auszahlung der von der Hauptversammlung bereits beschlossenen Dividende, der umstrittene Anspruch auf Reingewinn⁵⁶⁾ oder der Anspruch auf Liquidationserlös beziehen

⁵³⁾ vgl. oben S. 33 f.

⁵⁴⁾ Durch die Neufassung des § 89 AktG v. 15. Juli 1957 (BGBl I, 714) ist ausdrücklich das in der Literatur bis dahin verschiedentlich aufgestellte Erfordernis der Handlungsfähigkeit des Aufsichtsrats, das nur vorliegen soll, wenn der Aufsichtsrat vollzählig besetzt ist, abgelehnt worden, so daß es auf die vollzählige Bestellung aller Aufsichtsratsmitglieder für eine wirksame Beschlußfassung nicht ankommt; vgl. Auffarth in NJW 1957 S. 1702, Wagner in BB 1957, S. 713; Natzel in Betr. 1957, S. 748.

⁵⁵⁾ vgl. Boldt § 8 Anm. 12 c; Kötter in NJW 1951 S. 421.

⁵⁶⁾ siehe dazu Rudolf Fischer in Ehrenbergs Handbuch Bd. III Abt. 1, § 48 Anm. I (S. 291 ff.) und § 55 Anm. I 2 a (S. 391), aus dem neueren

sich die Mitgliedschaftsrechte auf die Verwirklichung unmittelbarer Aktionärsinteressen.

Die echten Mitverwaltungsrechte, wie das Recht, die Aufsichtsratsmitglieder zu wählen oder Satzungsänderungen beschließen zu können, aber auch das Recht zur Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen und das für die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte grundlegende Auskunftsrecht⁵⁷⁾ setzen einen bestimmten, eng begrenzten Tatbestand voraus. Sie sind abschließend geregelt.⁵⁸⁾

Die Wahl des elften Mannes fällt nicht in diesen Wirkungskreis. Die Wahl betrifft die inneren Angelegenheiten der juristischen Person. Unmittelbare Aktionärsinteressen werden nicht berührt. An dem Vermittlungsverfahren des § 8 Abs. 3 Satz 6, an dessen Ende das Rechtsgebot ausgesprochen wird, ist der Aktionär nicht beteiligt. Er übt in dem Verfahren keine mit besonderen Rechten ausgestatteten Funktionen wie die Aufsichtsratsmitglieder aus. Er ist lediglich insoweit mit dem Verfahren verbunden, als er in der Hauptversammlung, in der auch der elfte Mann gewählt wird⁵⁹⁾, ein Stimmrecht besitzt.

Bei der Ersatzbestellung nach § 89 sieht das Aktiengesetz allerdings in § 89 Abs. 2 Satz 1 auch für den Aktionär die rechtliche Möglichkeit der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens in inneren Angelegenheiten der Gesellschaft vor. Es handelt sich hierbei jedoch nicht um die klagweise Verwirklichung eines Rechtsgebots. Der Aktionär kann nicht von der Gesellschaft oder einem Organ der Gesellschaft die Vornahme einer bestimmten Wahlhandlung verlangen, und die Gesellschaft wird auch nicht durch ein Gericht verurteilt, eine bestimmte Wahl vorzunehmen⁶⁰⁾. Der Aktionär hat lediglich das Recht, ein gerichtliches

Schrifttum: Meilicke: Der Anspruch des Aktionärs auf den Reingewinn in DaktG 1959 S. 13 ff. mit den dortigen Literaturhinweisen und Kronstein-Claussen: Publizität und Gewinnverteilung im neuen Aktienrecht, insbes. S. 123, auch Baumbach-Hueck 11. Aufl. § 52 Anm. 4 B, aus der Rspr die Entscheidung des BGH v. 8. 10. 1952, BGHZ 7, 263 ff. (264) und insbes. BGHZ Urt. v. 24. 1. 1957 in DaktG 1957 S. 87 ff. mit der Anm. von Braunbehrens.

⁵⁷⁾ zu der sachlichen Berechtigung und dem Inhalt dieses Rechtes siehe die jüngsten Ausführungen von Kronstein-Claussen a.a.O. S. 16 ff.

⁵⁸⁾ vgl. Urt. des RGZ v. 4. III. 1927 in JW 1927 S. 1677 ff. mit Anm. v. Pinner a.a.O. S. 1677 unten, auch RGZ Bd. 142, 223 ff. (227) Urt. v. 14. 11. 1933 und Schlegelberger-Quassowski zu § 102 Anm. 6.

⁵⁹⁾ § 8 Abs. 1 MitbG,

zu dem Begriff des Wahlorgans vgl. Kötter § 8 Anm. 2 und § 5 Anm. 2.

⁶⁰⁾ Rumpf: Vorstand und Aufsichtsrat im alten und neuen Aktienrecht, S. 56.

Verfahren einzuleiten, das einen bestimmten rechtlichen Zustand, die Beschlußfähigkeit oder vollzählige Besetzung des Aufsichtsrats, ersatzweise wieder herbeiführen soll. Es ist kein streitiges Verfahren sondern beinhaltet eine Rechtshilfe und stellt ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit dar⁶¹⁾). Mit dem Hinweis auf § 89 AktG kann daher nicht ein Klagerecht des Aktionärs für das Rechtsgebot des § 8 Abs. 3 Satz 6 begründet werden.

Ein dem § 89 AktG nachgebildetes Antragsrecht führt nicht weiter. Es kommt allein auf ein Klagerecht an. In § 8 Abs. 3 Satz 6 ist keine Rechtshandlung vorgesehen, die Gegenstand eines Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist, sondern es handelt sich um die klagweise Durchsetzbarkeit eines Rechtsgebots im streitigen Verfahren.

β) Die Stellung der Organe Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung zu dem Rechtsgebot

Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung sind Organe einer juristischen Person⁶²⁾). Durch sie werden Rechtswirkungen für und gegen die juristische Person begründet. Die Rechtswirkungen treten für die juristische Person ein, wenn sie innerhalb des Zuständigkeitsbereichs liegen, der nach Gesetz oder Satzung dem Organ zugewiesen ist. Die Wirksamkeit der Organhandlung für die juristische Person hängt von der Organkompetenz ab.

Gierke⁶³⁾ und auch Preuß⁶⁴⁾ haben diese Organkompetenzen als subjektive Rechte angesehen, die dem betreffenden Organ zugeordnet sein sollen. Damit behandeln sie das Organ als Rechtssubjekt und bejahen seine Rechtsfähigkeit.⁶⁵⁾ ⁶⁶⁾

⁶¹⁾ h. M. vgl. Schmidt - Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG § 89 Anm. 18.

⁶²⁾ zur Organtheorie siehe die ausführliche Darstellung und die umfassenden Literaturhinweise von Enneccerus-Nipperdey Allg. T. I, 1. Halbb., § 103 III 2 und die Zusammenfassung von Frels: Überweisung und Übertragung von Zuständigkeiten der Organe der Aktiengesellschaft S. 6—17.

⁶³⁾ O. V. Gierke: Genossenschaftstheorie S. 173 u. 685.

⁶⁴⁾ Preuß: Über Organpersönlichkeit S. 136.

⁶⁵⁾ so ausdrücklich Gierke a.a.O. S. 172 ff., der das Organ zwar nicht als juristische Person, da ihm die Vermögensfähigkeit fehlt, aber als „sozialrechtliche Persönlichkeit“ ansieht und auch a.a.O. von einer „Organpersönlichkeit“ spricht.

⁶⁶⁾ Preuß a.a.O. sieht die Organperson ebenfalls als Träger von Rechten und Pflichten an, versteht aber unter Organperson nicht das Organ als Institution sondern die Organträger, a.a.O. S. 109; daneben soll Subjekt dieser Rechte und Pflichten aber auch die juristische Person sein, a.a.O. S. 137; ders. auch: Stellvertretung und Organschaft S. 459.

Baumgarten⁶⁷⁾, Krückmann⁶⁸⁾ und Schornstein⁶⁹⁾ bezeichnen die Organkompetenz nur als eine einfache Rechtsmacht, als schlichtes rechtliches Können. Das Recht selbst ordnen sie allein der juristischen Person zu.

Der Auffassung von dem subjektiven Recht eines Organs wie auch der Ansicht, daß dem Organ eine Rechtsmacht eigen sei, steht der allgemeine Grundsatz entgegen, daß sowohl das subjektive Recht wie auch die Rechtsmacht nur eine rechtliche Bindung für ein von der Rechtsordnung gebilligtes Verhalten bewirken kann, die Kompetenz aber auch rechtlich nicht gebilligtes Verhalten deckt⁷⁰⁾.

Wenn die Rechte dem Organ selbst zugeordnet sind, entsteht zudem die Frage, wie die juristische Person daneben noch Rechtsträger sein kann, und wie sich bei Bejahung dieser Frage das Verhältnis zwischen juristischer Person und Organ darstellt.

Richtiger ist, die Organkompetenz lediglich als eine spezifische, organschaftliche Verwaltungsmacht anzusehen, kraft deren Handlungen bestimmter mit ihr betrauter Personen einem bestimmten juristischen Gebilde, der juristischen Person, zugerechnet werden⁷¹⁾. Die Organkompetenz ist daher kein subjektives Recht des Organs, das Organ selbst nicht Rechtssubjekt sondern Zuständigkeitskomplex⁷²⁾. Rechtsträger der durch das Organ vorgenommenen Handlungen ist allein die juristische Person⁷³⁾.

⁶⁷⁾ Baumgarten: Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, Bd. 2 S. 47/48.

⁶⁸⁾ Krückmann: Die materielle Urteilswirkung, in ZZP Bd. 47 S. 2

⁶⁹⁾ Schornstein: Organpersönlichkeit und Organkompetenz, in Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 28, S. 77.

⁷⁰⁾ so insbesondere Wolff: Organschaft und juristische Person, Bd. 2 S. 275; Klumpp: Beiträge zur Rechtsstellung der Geschäftsführer einer GmbH, § 2 III 3 (S. 23); Frels: Überweisung und Übertragung von Zuständigkeiten der Organe der Aktiengesellschaft S. 35.

⁷¹⁾ Wolff a.a.O. II S. 275; Frels a.a.O. S. 36; so dem Grunde nach auch Karl Haff: Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperrechts S. 266 ff. (272); Schulte: Der Vorstand nach neuem Aktienrecht, S. 18; für das Organ Aufsichtsrat: Rumpf, a.a.O. S. 95; für das Organ Vorstand: Sack a.a.O. S. 9; vgl. auch Pfeiffer: Die besitzrechtliche Stellung der Organe juristischer Personen S. 41 und die Ausführungen von v. Ruckteschell: Der Arbeitsdirektor, S. 88/89.

⁷²⁾ Wolff a.a.O. II S. 236; Jellinek: Das Recht des modernen Staates 1. Bd., 2. Aufl. S. 546; Lehmann a.a.O. § 59, I, 1, b, γ (11. Aufl. S. 406).

⁷³⁾ Wolff a.a.O. I S. 125; Jellinek: Allgemeine Staatslehre, S. 561, Gerhard Anschütz in Enzyklopädie der Rechtswissenschaften Bd. 2 S. 577/78 und 565 f., so wohl auch Pfeiffer a.a.O. S. 88.

Auch die natürlichen Personen, denen die Organkompetenz durch den Beststellungsakt übertragen wurde — Wolff bezeichnet sie treffend als Organwalter⁷⁴⁾ — sind nicht Träger von Rechten und Pflichten der durch das Organ vorgenommenen Handlungen⁷⁵⁾. Sie üben lediglich fremde subjektive Rechte aus⁷⁶⁾.

Allerdings wird von mehreren Autoren, die die Rechtsfähigkeit des Organs ablehnen, dem einzelnen Organ bei Kompetenzstreitigkeiten eine selbständige Stellung zuerkannt, die ihm das Recht auf Klagerhebung gibt⁷⁷⁾. Diesen besonderen Streitigkeiten liegen jedoch nicht subjektive Rechte zugrunde, sondern es handelt sich hierbei allein um Fragen der Zuständigkeitsabgrenzung innerhalb eines Rechtsgebildes, um Fragen des objektiven Rechts⁷⁸⁾. Dem Organ stehen auch in diesen Fällen nicht subjektive Rechte zu.

Das Organ besitzt mithin keine Rechtsfähigkeit und kann nicht als Träger eines Rechts angesehen werden, das sich als ein subjektives Recht kennzeichnet. Das Rechtsgebot des § 8 Abs. 3 Satz 6 MitbG kann daher einem Organ der juristischen Person als subjektives Recht nicht zugeordnet sein. Die Organe Vorstand, Aufsichtsrat, Hauptversammlung scheiden als Rechtsträger für ein subjektives Recht aus. Das gleiche gilt für den in dem Verfahren des § 8 MitbG besonders gebildeten Vermittlungsausschuß, wenn man diesen als ein auf Zeit befristetes Organ ansieht⁷⁹⁾.

⁷⁴⁾ Wolff a.a.O. II S. 229 auch Jellinek, System S. 231.

⁷⁵⁾ Jellinek, Allgemeine Staatslehre S. 561, Wolff a.a.O. II S. 254.

⁷⁶⁾ Wolff a.a.O., I S. 125.

⁷⁷⁾ Wolff a.a.O. II S. 248 u. 250; Schornstein a.a.O. S. 45; Thoma/Anschütz: Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten, in Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. 2 S. 610 f.; Preuß und v. Gierke, vgl. die Literaturangaben auf S. 92 Fußn. 63 u. 64 erkennen selbstverständlich auf Grund ihrer Lehre dem Organ auch bei Kompetenzstreitigkeiten die Rechtssubjektivität zu; ein selbständiges Recht auf Klagerhebung wird dem Organ offensichtlich abgesprochen von Jellinek: Das Recht des modernen Staates Bd. 1 S. 547; Frels a.a.O. S. 34.

⁷⁸⁾ Georg Jellinek: Allgemeine Staatslehre S. 560/61; ders. Das Recht des modernen Staates 1. Bd. 2. Aufl. S. 548; ders. System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 227 f; Wolff a.a.O. Bd. 2 S. 276; Frels a.a.O. S. 34; Löwenthal RuPr V Bl. 51, 748; vgl. auch Esser: Einführung in die Grundbegriffe S. 154.

⁷⁹⁾ so Fitting in Rechts- und Wirtschaftspraxis, 2. Lieferung v. 30. 5. 1951, Mitbestimmung der Arbeitnehmer C, V, 4; in der neueren Lieferung vom 30. 12. 1958 hat er diese Frage nicht mehr behandelt.

γ) Die Stellung der Mitglieder von Vorstand, Aufsichtsrat und Vermittlungsausschuß zu dem Rechtsgebot.

Den Mitgliedern von Vorstand, Aufsichtsrat und auch des Vermittlungsausschusses steht das Rechtsgebot des § 8 Abs. 3 Satz 6 nicht als subjektives Recht zu.

Die subjektiven Rechte eines Organmitgliedes werden durch den Anstellungsvertrag und den Bestellungsakt begründet. Sie betreffen allein das Verhältnis des Organmitgliedes zu der Gesellschaft.

Aus dem Anstellungsvertrag erwächst das subjektive Recht auf Besoldung, auf Urlaubsgewährung und unter Umständen auf Einweisung in das Amt.

Aus dem Bestellungsakt werden subjektive Rechte „zu dem Amt“ und „aus dem Amt“ begründet⁸⁰). Das Recht zum Amt gibt seinem Träger gegenüber der Gesellschaft das Recht auf Anerkennung einer kompetenzgemäßen Handlung. Als besonders wichtige Rechte aus dem Amt ist das nach der Neufassung des Aktiengesetzes vom 30. Januar 1937 wegen § 84 Abs. 4 allerdings zweifelhaft gewordene Recht auf Entlastung⁸¹), das Recht auf Tantieme und Aufwandsentschädigung, zu nennen⁸²).

Durch den Bestellungsakt ist das Organmitglied ermächtigt, im Rahmen des dem Organ und dem einzelnen Organmitglied zugewiesenen Zuständigkeitsbereichs bestimmte Handlungen für die juristische Person auszuführen. Das Organmitglied hat damit ein Recht auf Ausübung der betreffenden Organkompetenzen. Das Recht zählt jedoch nicht in dem Bereich der subjektiven Rechte, denn durch den Bestellungsakt wird neben der Rechtsposition eine Pflichtenstellung des Organmitglieds gegenüber der Gesellschaft begründet⁸³). Das Organmitglied hat nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, die Organkompetenzen und die damit verbundenen weiteren Verpflichtungen im Interesse der Gesellschaft wahrzunehmen⁸⁴). Die Ausübung der Kompe-

⁸⁰) vgl. insbes. Wolff a.a.O. Bd. 2 S. 271 und S. 234; ähnlich auch Jellinek: Allgemeine Staatslehre S. 561; siehe auch Würdinger a.a.O. S. 127.

⁸¹) siehe dazu die Ausführungen unten auf S. 103/104.

⁸²) Wolff a.a.O. Bd. 2 S. 265.

⁸³) vgl. oben S. 89.

und zu dem konkreten Fall: Wolff a.a.O. Bd. 2 S. 270 und Burckhardt: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 303 und Anm. 18 auf ders. S.

⁸⁴) vgl. Hold v. Ferneck, a.a.O. Bd. 1 S. 261/262 Affolter: Die Verbandsgewalt in Ann. DR 1911 S. 127 ff (157), Preuß: Stellvertretung oder Organschaft in Dogm.J. Bd. 44 S. 429 ff (460), Hölder: Natürliche und juristische Personen S. 95, auch Würdinger a.a.O. S. 31.

tenzen ist nicht in das Belieben des Organmitglieds gestellt⁸⁵⁾. Die subjektiven Rechte der Organmitglieder beziehen sich damit lediglich auf ihre persönliche Rechtsstellung zu der juristischen Person.

Das Rechtsgebot des § 8 Abs. 3 Satz 6 läßt sich als subjektives Recht in diesen Bereich nicht einordnen. Es ist auf einen bestimmten Handlungserfolg der juristischen Person gerichtet; diesen herbeizuführen, könnte lediglich eine Rechtspflicht der Organmitglieder sein⁸⁶⁾. § 8 Abs. 3 Satz 6 kann den Mitgliedern von Vorstand, Aufsichtsrat und Vermittlungsausschuß als subjektives Recht nicht zugeordnet sein.

d) Die Stellung der juristischen Person zu dem Rechtsgebot

Ein subjektives Recht auf Durchsetzung des Rechtsgebots nach § 8 Abs. 3 Satz 6 kann nur noch der juristischen Person zustehen. Eine nähere Prüfung schließt diese Möglichkeit jedoch aus.

Wegen der besonderen Stellung, die der elfte Mann im Aufsichtsrat innehat, und der damit verbundenen stärkeren Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats liegt die Wahl des elften Mannes im Interesse der juristischen Person; bereits oben wurde jedoch festgestellt⁸⁷⁾, daß mit der Bestellung des elften Mannes auch staatliche Interessen verknüpft sind. Die Neutralität seiner Person soll dazu beitragen, den Arbeitsfrieden zu sichern. Die juristische Person hat damit nicht das alleinige Interesse an seiner Bestellung. Die gerichtliche Durchsetzung der Wahlhandlung allein von dem Willen der juristischen Person abhängig zu machen, würde der Interessenlage damit nicht gerecht.

Noch ein weiterer Grund spricht gegen eine solche Rechtsnatur. Die Durchsetzung der mit dem Rechtsgebot verbundenen Rechtspflicht, den elften Mann nach dem Wahlvorschlag wählen zu müssen, hinge von dem Verpflichteten selbst ab. Durch das Rechtsgebot wird keine andere als die juristische Person betroffen, da das Wahlorgan wie die Organe Vorstand und Aufsichtsrat als Träger von Rechten und Pflichten ausscheidet⁸⁸⁾. Das Rechtsgebot bzw. die Rechtspflicht würde ihre eigentliche Wirkung verlieren.

⁸⁵⁾ zu diesem Kriterium des subjektiven Rechts siehe die Ausführungen oben auf S. 89.

⁸⁶⁾ diese Frage wird unten S. 97 ff (98/99) noch näher geprüft werden.

⁸⁷⁾ oben S. 34.

⁸⁸⁾ vgl. oben S. 92 ff (94).

§ 8 Abs. 3 Satz 6 MitbG kann von einer natürlichen oder juristischen Person als subjektives Recht nicht geltend gemacht werden.

bb) Die Geltendmachung des § 8 Abs. 3 Satz 6 als Rechtspflicht

Wenn § 8 Abs. 3 Satz 6 auch nicht als subjektives Recht einer Person des Privatrechts zugeordnet sein kann, so ist doch zu prüfen, ob nicht eine bestimmte Person zur Geltendmachung des § 8 Abs. 3 Satz 6 verpflichtet ist. Das Bestehen einer solchen Verpflichtung liegt umso näher als ein staatliches Interesse an der Wahl des elften Mannes besteht⁸⁹⁾ und die Begründung einer Rechtspflicht zur Durchsetzung des Gebots noch die größte Gewähr für die Verwirklichung der staatlichen Interessen bietet⁹⁰⁾. Besteht eine Rechtspflicht auf klagweise Durchsetzung des § 8 Abs. 3 Satz 6, so ist der Verpflichtete auch insoweit berechtigt, die Klage zu erheben. Er hat insoweit ein Recht auf Klagerhebung. Das Recht erschöpft sich in diesem Falle allerdings in der Erfüllung von Pflichten gleichen Inhalts.⁹¹⁾ ⁹²⁾ Es gehört nicht in den Bereich der subjektiven Rechte, die bisher Gegenstand der Untersuchung waren.

Rechtspflichten mit ihren entsprechenden Rechten müssen wie die subjektiven Rechte bestimmten Personen erkennbar zugeordnet sein. Sie brauchen jedoch nicht in gesetzlicher Form bestimmten Personen ausdrücklich zugewiesen zu werden⁹³⁾.

a) Die Rechtspflichten der Aktionäre

Der Pflichtenkreis der Aktionäre bezieht sich auf die Leistung der Einlage, § 49 AktG, und den mit ihr u.U. besonders verbundenen Nebenpflichten, § 50 AktG. Hinsichtlich der Geschäftsführung und des Bestands des Unternehmens treffen den Aktionär keine Rechtspflichten. Eine Rechtspflicht für den einzelnen Aktionär auf Geltendmachung des Rechtsgebots nach § 8 Abs. 3

⁸⁹⁾ vgl. oben S. 34.

⁹⁰⁾ siehe dazu die Ausführungen von v. Tuhr Bd. 2, 1. Hälfte, § 4 II (S. 97).

⁹¹⁾ so Enneccerus-Nipperdey § 74 V (S. 444);

zu den Pflichten und entsprechenden Rechten des Vorstands siehe in anderem Zusammenhang auch Marsilius: Weisungsrecht d.HV, in AktG 1961 S. 278 ff.

⁹²⁾ Esser: Einführung in die Grundbegriffe, spricht in diesen Fällen nicht von Rechten sondern von organisatorischen Zuständigkeiten.

⁹³⁾ v. Tuhr Bd. 2 1. Halbband § 4 IV (S. 102).

Satz 6 ist mit dessen Stellung in der Aktiengesellschaft nicht vereinbar und wäre wegen der bei Publikumsgesellschaften wechselnden Vielzahl der Aktionäre auch nicht wirkungsvoll.

β) Rechtspflichten von Organen

Den Organen: Vorstand und Aufsichtsrat, und dem zeitlich befristeten Organ: Vermittlungsausschuß, fehlt die Eigenschaft, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Sie scheiden als Rechtssubjekt einer Rechtspflicht aus⁹⁴⁾.

γ) Die Rechtspflichten der Vorstandsmitglieder

Die Pflichten der Vorstandsmitglieder sind in dem Gesetz zum Aktienrecht in zahlreichen Paragraphen festgelegt. Sie reichen von der Anmeldung der Gesellschaft bei der Gründung, § 28 I, und der Antragstellung auf gerichtliche Ersatzbestellung eines Aufsichtsratsmitglieds bei Beschlußunfähigkeit des Aufsichtsrats, § 89 II Satz 2, zur Leitung der Gesellschaft, § 70, der Auskunftserteilung gegenüber dem Aufsichtsrat, § 81, dem Aufstellen des Jahresabschlusses, § 125 I, bis zur Anmeldung der Abwickler bei Auflösung der Gesellschaft, § 207 AktG. Weitere Rechtspflichten können in der Satzung aufgestellt sein⁹⁵⁾.

Eine Rechtspflicht, das Rechtsgebot des § 8 Abs. 3 Satz 6 zur Geltung zu bringen, besteht für die Mitglieder des Vorstandes nicht. Die Vorstandsmitglieder sind an dem Wahlverfahren des elften Mannes nicht beteiligt. Sie haben nach dem Gesetz weder ein Vorschlagsrecht noch ein Wahlrecht. Dies verbietet schon die innere Organisation der juristischen Person, die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats von dem von ihm zu beaufsichtigenden Vorstand. Der Umstand, daß der Vorstand in der Rechtswirklichkeit die Aufsichtsratsmitglieder der Hauptversammlung zur Wahl vorschlägt⁹⁶⁾, kann zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung führen. Es würde sonst allein aus einer tatsächlichen, dem Gesetz nicht entsprechenden Übung eine Rechtspflicht für den Vorstand geschaffen werden, die ihm auferlegte, aktiv in ein besonders geregeltes, höchst differenziertes Wahlverfahren eingreifen zu müssen.

⁹⁴⁾ vgl. die Ausführungen oben auf S. 94.

⁹⁵⁾ Würdinger a.a.O. S. 31.

⁹⁶⁾ vgl. unten S. 113 ff.

Das Recht und die Pflicht, bei Beschlußunfähigkeit des Aufsichtsrats eine gerichtliche Ersatzbestellung eines Aufsichtsratsmitglieds nach § 89 AktG herbeizuführen, betrifft das Wahlverfahren des § 8 MitbG nicht. Das Antragsrecht ist von einem Recht auf Geltendmachung des Rechtsgebots nach § 8 Abs. 3 Satz 6 dem Grunde nach völlig verschieden. Es ist kein Recht auf Klagerhebung mit der Eröffnung eines streitigen Verfahrens sondern das Recht, ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit einzuleiten⁹⁷⁾.

Eine Rechtspflicht auf Geltendmachung des § 8 Abs. 3 Satz 6 MitbG ist auch nicht für den Vorstand aus § 70 AktG zu entnehmen. § 70 AktG stellt nur eine Rechtspflicht zur Ausübung der Geschäftsführung auf. Geschäftsführung ist die wirtschaftliche Leitung des Unternehmens⁹⁸⁾. Sie umfaßt auch innerorganisatorische Maßnahmen⁹⁹⁾. Diese Maßnahmen beziehen sich aber nur auf die Leitung des Unternehmens in seiner wirtschaftlichen Existenz. Maßnahmen dieser Art sind etwa die Errichtung von neuen Fabrikationsstätten und die Neubesetzung von Arbeitsstellen. Die gerichtliche Durchsetzung des Rechtsgebots nach § 8 Abs. 3 Satz 6, das die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds zum Inhalt hat, gehört jedoch nicht diesem Bereiche an.

δ) Die Rechtspflicht der Aufsichtsratsmitglieder

Die Mitglieder des Aufsichtsrats stehen in einer stärkeren Beziehung zu dem Wahlverfahren des § 8 MitbG als die Vorstandsmitglieder. Eine Rechtspflicht auf Geltendmachung des Rechtsgebots nach § 8 Abs. 3 Satz 6 trifft jedoch auch sie nicht.

Die Aufsichtsratsmitglieder sind an dem Wahlverfahren des elften Mannes insoweit beteiligt, als sie zunächst dazu berufen sind, dem Wahlorgan Vorschläge zur Wahl des elften Mannes zu unterbreiten. Dieses Recht und auch die entsprechende Rechtspflicht besteht in dem ersten Abschnitt des Wahlverfahrens, in dem eine Bindungswirkung des Wahlorgans noch nicht eingetreten ist. Der weitere Verlauf des Verfahrens, an dessen Ende erst das Rechtsgebot steht, liegt jedoch in Händen des eigens für die Aufstellung der Wahlvorschläge geschaffenen Vermittlungsausschusses. Diesem sind für diesen Verfahrensabschnitt auch bestimmte Rechte und Pflichten übertragen wor-

⁹⁷⁾ vgl. im übrigen S. 91 und die dortigen Literaturhinweise.

⁹⁸⁾ Schmidt - Meyer-Landrut in Großkomm.z.AktG Einleitung zu § 70 Anm. 3; vgl. auch Schlegelberger-Quassowski § 70 Anm. 5.

⁹⁹⁾ Schmidt - Meyer-Landrut a.a.O.

den. Die Aufsichtsratsmitglieder treten dagegen zurück. Wenn Personen verpflichtet sind, das Rechtsgebot im Wege der Klage zu erzwingen, so kommen in diesem letzten Verfahrensabschnitt nur noch die Mitglieder des Vermittlungsausschusses in Betracht.

ε) Die Rechtspflichten der Mitglieder des Vermittlungsausschusses

Die Aufgaben des Vermittlungsausschusses, seine Rechte und Pflichten, sind in § 8 MitbG im einzelnen festgelegt. Er hat in erster Linie die Aufgabe, Wahlvorschläge aufzustellen, nach denen das Wahlorgan den elften Mann wählen kann¹⁰⁰⁾.

Eine Rechtspflicht seiner Mitglieder, alles zu tun, um die Aufstellung eines gemeinsamen Vermittlungsvorschlags zu erreichen, wird man auf Grund der dem Vermittlungsausschuß übertragenen Funktionen bejahen können¹⁰¹⁾. In § 8 Abs. 3 MitbG wird eine solche Rechtspflicht nicht besonders ausgesprochen.

Eine Rechtspflicht, dem Wahlorgan einen zweiten Vermittlungsvorschlag zu unterbreiten, wenn das Wahlorgan den ersten Wahlvorschlag berechtigterweise abgelehnt hat, wird in dem Gesetz ausdrücklich bestimmt, § 8 Abs. 3 Satz 5 MitbG. Keine Rechtspflicht besteht aber für die Mitglieder des Vermittlungsausschusses, den Beschluß des Wahlorgans von dem Oberlandesgericht auf seine Rechtmäßigkeit überprüfen zu lassen, wenn der erste Vermittlungsvorschlag abgelehnt wurde¹⁰²⁾. Diese Feststellung führt zu einer negativen Abgrenzung der Zuständigkeiten des Vermittlungsausschusses. Sie zeigt, daß es nicht die Aufgabe des Ausschusses ist, die einzelnen, in dem Verfahren sich ergebenden Rechtspositionen voll auszuschöpfen und zu diesem Zwecke nötigenfalls immer auch die Gerichte anrufen zu müssen.

Die Aufgabe des Ausschusses besteht bei der Wahl des elften Mannes allein in einer vermittelnden Tätigkeit. Das Antragsrecht bei dem Oberlandesgericht und das Recht und die Pflicht, dem Wahlorgan Wahlvorschläge zu unterbreiten, sind dem Ausschuß übertragen worden, um dieses Ziel zu erreichen. Eine ge-

¹⁰⁰⁾ vgl. Müller-Lehmann § 8 Anm. 10; auch Boldt § 8 Anm. 8 d.

¹⁰¹⁾ Kötter § 8 Anm. 11; Fitting in Rechts- und Wirtschaftspraxis, Abschnitt: Mitbestimmung der Arbeitnehmer C V 4.

¹⁰²⁾ Müller-Lehmann § 8 Anm. 25; auch Boldt § 8 Anm. 10 a und Kötter § 8 Anm. 19 am Ende.

richtliche Durchsetzung des Rechtsgebots geht über diesen Rahmen hinaus. Die Führung eines Rechtsstreits ist keine Mittler-tätigkeit mehr. Sie steht im Gegensatz dazu. Durch sie wird eine bestimmte Handlung mit staatlichen Mitteln gegen den Willen des Betroffenen erzwungen; die Vermittlung sucht dagegen die Vornahme einer Handlung auf Grund eines freiwilligen Übereinkommens, also mit dem Willen der Betroffenen, zu erreichen.

Eine Rechtspflicht der Mitglieder des Vermittlungsausschusses, das Rechtsgebot des § 8 Abs. 3 Satz 6 gerichtlich geltend zu machen, hätte bei der Gesetzesfassung des § 8 und den dem Vermittlungsausschuß übertragenen Funktionen besonders bestimmt sein müssen. Die Aufstellung des Rechtsgebots allein begründet für die Ausschußmitglieder noch nicht die Pflicht, dieses Gebot im Wege der Klage durchzusetzen.

5) Die Rechtspflichten der juristischen Personen.

Die Durchsetzung des Rechtsgebots nach § 8 Abs. 3 Satz 6 MitbG könnte schließlich unmittelbar der juristischen Person als Rechtspflicht übertragen sein.

In den bisher erörterten Fällen, in denen Zuständigkeiten für bestimmte Handlungen einzelnen Organen oder die juristische Person betreffende Rechtspflichten Organmitgliedern übertragen sind, ist eigentliches Rechts- und Verpflichtungssubjekt auch nicht das Organ oder Organmitglied sondern allein die juristische Person¹⁰³⁾. Sie wird nach außen als geschlossene Einheit von der Rechtsordnung anerkannt und der natürlichen Person gleichgestellt¹⁰⁴⁾. Da das rechtstechnische Gebilde der juristischen Person selbst keine natürlichen Handlungen auszuführen vermag, müssen deren Rechte und Rechtspflichten zu Rechten und Pflichten der Organmitglieder bestimmt und von diesen ausgeübt werden. Die gesetzliche Normierung, daß etwa der Vorstand den Jahresabschluß und den Geschäftsbericht dem Handelsregister einzureichen hat, § 143 I AktG, regelt damit dreierlei: eine Rechtspflicht für die juristische Person zu einem bestimmten Handeln, die innerorganisatorische Frage, durch welches Organ die Rechtspflicht ausgeübt werden soll, und in Verbindung mit

¹⁰³⁾ Wolff a.a.O. II, insbes. S. 254 u. 260.

¹⁰⁴⁾ allgemein anerkannter Rechtssatz; die rechtliche Konstruktion der juristischen Person, insbesondere Organtheorie und Fiktionstheorie — vgl. die Übersicht bei Enneccerus-Nipperdey § 103 IV (S. 617) — ist hierfür nicht von Bedeutung.

dem Bestellungsakt den Pflichtenkreis für das einzelne Vorstandsmitglied.

Bringt das Gesetz nur zum Ausdruck, daß die juristische Person eine bestimmte Rechtspflicht zu erfüllen hat, wie etwa in den §§ 62 II und 68 AktG, so muß auch in diesen Fällen letztlich eine Rechtspflicht für ein oder mehrere Organmitglieder zu der Vornahme dieser Handlungen bestehen¹⁰⁵). Die Rechtspflicht der natürlichen Personen ergibt sich aus der inneren Organisation, aus der Zuständigkeitsverteilung der einzelnen Organe untereinander. Käme man zu der Feststellung, daß die Gesellschaft eine Rechtspflicht zur Durchsetzung des Rechtsgebots nach § 8 Abs. 3 Satz 6 treffen würde, so müßte man also trotz dem oben gefundenen Ergebnis¹⁰⁶), daß den Organmitgliedern nach ihren sonst übertragenen Funktionen eine Rechtspflicht zur Geltendmachung des Rechtsgebots nicht zukommt, dennoch Organmitglieder finden, die das Rechtsgebot im einzelnen durchzusetzen haben.

Ist der juristischen Person das Rechtsgebot zugeordnet, so ist sie, wie oben schon in anderem Zusammenhange ausgeführt¹⁰⁷), gleichzeitig Rechts- und Verpflichtungssubjekt; sie ist Berechtigte und Verpflichtete des Rechtsgebots. Diese gleichzeitige Rechts- und Pflichtenstellung schließt nicht von vornherein eine Klagerhebung und Übertragung des Rechtsgebots auf die juristische Person aus. Dem Aktienrecht ist ein Streitverfahren dieser Art nicht fremd.

Wenn nach § 198 Abs. 1 Nr. 4 AktG der Vorstand einen Hauptversammlungsbeschluß anfecht, so macht er ein der juristischen Person zustehendes Recht¹⁰⁸) gegen die juristische Person selbst geltend, § 199 II AktG. Es ist eine Klage im Interesse der Gesellschaft gegen die Gesellschaft, schreibt Ritter¹⁰⁹). Das Streitverfahren wird prozessual möglich, weil die juristische Person verschiedene von natürlichen Personen getragene Organe besitzt,

¹⁰⁵) Wolff a.a.O. II S. 238, 254—261;
vgl. auch Schmidt - Meyer-Landrut in Großkomm. z.AktG Einleitung zu § 70 Anm. 2 I.

¹⁰⁶) oben für die Vorstandsmitglieder S. 98, für die Mitglieder des Aufsichtsrats S. 99, des Vermittlungsausschusses S. 100, für die Aktionäre S. 97.

¹⁰⁷) oben S. 96.

¹⁰⁸) vgl. die Ausführungen oben S. 93 und im besonderen zu dem Fall der Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses durch den Vorstand: Schilling in Großkomm. z.AktG § 198 Anm. 17; Hueck: Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen S. 156.

¹⁰⁹) Ritter zu § 198 Abs. 1 Nr. 4.

die die Parteirollen im Prozeß übernehmen können. Dem Vorstand ist im Rahmen dieses Verfahrens die Partei- und Prozeßfähigkeit übertragen¹¹⁰⁾. Seine prozessuale Stellung gleicht der einer offenen Handelsgesellschaft¹¹¹⁾. Auf die materielle Rechtslage hat die besondere prozessuale Stellung des Vorstands in diesem Verfahren keinen Einfluß. Die juristische Person bleibt materiellrechtlich Anfechtungsberechtigte und zugleich beklagte Partei des Verfahrens.

Eine ähnliche Rechtslage findet sich in § 8 Abs. 3 MitbG. Wenn der Vermittlungsausschuß einen Antrag bei dem Oberlandesgericht mit dem Inhalt stellen kann, den die Wahlvorschläge ablehnenden Beschluß des Wahlorgans auf seine Rechtmäßigkeit zu überprüfen, so steht auch in diesem Falle materiellrechtlich der juristischen Person das Antragsrecht zu¹¹²⁾. Da das Wahlorgan, dessen Beschluß überprüft werden soll, keine Rechtsfähigkeit besitzt,¹¹³⁾ vielmehr nur ein unselbständiger Teil der juristischen Person ist, wird die juristische Person von dem Antrag selbst betroffen. Sie ist Rechtsträger des Antragsrechts und zugleich Antragsgegner in dem gerichtlichen Verfahren¹¹⁴⁾.

Bei der Klage des Vorstands oder des Aufsichtsrats auf Entlastung¹¹⁵⁾ handelt es sich dagegen nicht um die Geltendmachung

¹¹⁰⁾ Schilling a.a.O. zu § 198 Anm. 18; so auch in der früheren Auflage dieses Kommentars Weipert § 198 Anm. 17; Godin-Wilhelmi § 198 Anm. 5; a.A. offensichtlich Wiczorek § 894 Anm. A II b 3; Brodmann in Komm. z. HGB § 271 Anm. 7 und Ritter zu § 198 Abs. 1 Nr. 4; danach sind klagende Partei die Gesamtheit der Mitglieder, die im eigenen Namen als notwendige Streitgenossen Klage erheben.

¹¹¹⁾ Godin-Wilhelmi § 198 Anm. 5.

¹¹²⁾ vgl. auch oben S. 101.

¹¹³⁾ siehe oben S. 92 ff. (94).

¹¹⁴⁾ vgl. dazu Kötter § 8 Anm. 19 u. 21, der auch auf die Rechtsähnlichkeit dieses Verfahrens mit dem Anfechtungsverfahren des Aktiengesetzes hinweist.

¹¹⁵⁾ Zu der Klage auf Entlastung siehe Schmidt in Großkommentar zum AktG § 104 Anm. 5; der allerdings nach der Fassung des Aktiengesetzes vom 30. Jan. 1937 im Hinblick auf § 84 Abs. 4 das Rechtsschutzinteresse für eine solche Klage verneint, so auch Baumbach-Hueck § 204, 2, D; für die Verwaltungsorgane der GmbH wird die Klage uneingeschränkt bejaht, siehe Schmidt in Hachenburg Anm. 25 und 29 zu § 46; Ritter § 104, 2, b will den Anspruch aus dem Gewohnheitsrecht ableiten; Godin-Wilhelmi § 104 Anm. 4 verneinen die Leistungsklage, bejahen aber eine Feststellungsklage, für die ein Rechtsschutzinteresse auch gegeben sei; vgl. weiterhin Neflin in NJW 1959, 166 und Schuler in DAKtG 1960, 1 ff. und in NJW 1960, 601 ff.; aus der Rechtsprechung siehe zu der Klage auf Entlastung OLG Celle Urt. v. 18. V. 1912 in OLG 27. 350; RG 89, 396 ff (Urt. v. 6. 2. 1917) und RG 114, 397 ff. (Urt. v. 15. 10. 1926).

eines der Gesellschaft zustehenden Rechtes, das sich gegen sie selbst richtet. Das Recht auf Entlastung durch die Hauptversammlung, wenn die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, ist ein den Mitgliedern des Vorstands oder des Aufsichtsrats persönlich zustehendes Recht¹¹⁶⁾. Die Klage wird daher von den einzelnen Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedern in eigener Sache gegen die juristische Person erhoben. Die einzelnen Organmitglieder sind selbst Träger des Rechts und Partei des Verfahrens¹¹⁷⁾.

Das gleiche trifft für die Klagen der Aktionäre gegen die Gesellschaft auf Auskunftserteilung¹¹⁸⁾ oder auf Geltendmachung des Dividendenanspruchs¹¹⁹⁾ oder des umstrittenen Anspruchs auf Gewinnverteilung¹²⁰⁾ zu. Es handelt sich um die Geltendmachung eines dem Aktionär zustehenden Rechtes, das sich gegen die juristische Person richtet.

Klagt die juristische Person gegen Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats¹²¹⁾, so werden Rechte der Gesellschaft geltend gemacht, die persönliche Rechtspflichten der Organmitglieder

¹¹⁶⁾ vgl. die obigen Ausführungen auf S. 95 und den dortigen Hinweis auf Wolff; siehe auch dazu Sack a.a.O. S. 105.

¹¹⁷⁾ In Literatur und Rechtsprechung wird zwischen dem Organ, den einzelnen Organmitgliedern oder den Organmitgliedern in ihrer Gesamtheit auch hier nicht immer deutlich unterschieden; es wird häufig von der Klage des Vorstands auf Entlastung gesprochen; auf die Mehrdeutigkeit des Begriffes Vorstand macht Ritter aufmerksam, § 70 Anm. 3; wie hier von der Klage der Vorstandsmitglieder gegen die Gesellschaft sprechend Schmidt - Meyer-Landrut in Großkomm. AktG § 104 Anm. 5.

¹¹⁸⁾ zu dieser Klage siehe insbes. aus der neueren Rechtsprechung Urt. des BGH v. 7. 4. 1960 in BGHZ 32, 159 ff = DaktG 1960, 196 ff, BGH Urt. v. 23. 11. 1961 in BGHZ 36, 122 ff = DaktG 1962, 51 ff, LG Essen Urt. v. 23. 1. 1962 in DaktG 1962, 126 ff.

¹¹⁹⁾ zu der Begründung dieses Anspruchs siehe vor allem die Ausführungen des BGH in Urt. v. 24. 1. 1957 mit der Anmerkung von Braunbehrens in D AktG 1957 87 ff. — BGHZ 23, 154, vgl. auch RGZ Bd. 87 S. 386; Baumbach-Hueck Komm. z. AktG § 127. Anm. 3 und die weiteren Literaturhinweise oben auf S. 90 Anm. 56.

¹²⁰⁾ bejahend vorgenanntes Urteil des BGH v. 24. 1. 1957 a.a.O.; Baumbach-Hueck § 52 Anm. 4 B; Fischer in Ehrenburgs Handbuch § 55 I 2 a (S. 391) ablehnend v. Braunbehrens in Anm. zu BGH Urt. v. 24. 1. 1957 a.a.O.; Brodmann Kommentar zu § 213 HGB Anm. 5 b; Staub-Pinner Kommentar § 260 Anm. 3.

¹²¹⁾ etwa gegen Vorstandsmitglieder auf Erfüllung bestimmter Vorstandspflichten, so im Falle des § 122 I 1 AktG (vgl. dazu Godin-Wilhelmi § 97 Anm. 6; Schlegelberger-Quassowski § 97 Anm. 4; kritischer: Würdinger a.a.O. S. 31) oder gegen Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats auf Leistung von Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung, § 84 II AktG.

betreffen. Recht und Rechtspflicht, Kläger und Beklagter sind auch hier verschiedene Personen.

Die gesetzliche Regelung zeigt, daß in der Mehrzahl der Fälle die Rechte und Rechtspflichten der juristischen Person in eigene Rechte und Rechtspflichten der Organmitglieder aufgelöst sind, die als Klageberechtigte oder Klagegegner dann der juristischen Person selbständig gegenübertreten. Die Fälle, in denen ein der juristischen Person zustehendes Recht im Wege der Klage gegen die juristische Person selbst geltend gemacht werden kann, sind Ausnahmetatbestände, die eine besondere gesetzliche Ausgestaltung erfahren haben.

Eine Übertragung des Rechtsgebots des § 8 Abs. 3 Satz 6 auf die juristische Person und die klagweise Durchsetzung des Rechts führte zu einem streitigen Verfahren, das eine Leistungspflicht zum Gegenstand hat. In seinen Konsequenzen geht dieses Verfahren weit über das Anfechtungsverfahren der §§ 197 ff AktG und das Verfahren des § 8 Abs. 3 Satz 4 MitbG vor dem Oberlandesgericht auf Überprüfung des ablehnenden Beschlusses des Wahlorgans hinaus. Mit der Durchführung des streitigen Verfahrens ist die Frage der Vollstreckbarkeit des Urteils verbunden. Dem Prozeß der juristischen Person gegen die juristische Person folgte eine Vollstreckung des Urteils, die die juristische Person gegen sich selbst durchzuführen hätte.

Die Vollstreckung eines gegen die Gesellschaft gerichteten Titels mit dem Inhalt, daß die Hauptversammlung einen bestimmten Beschluß zu fassen hat, ist rechtlich möglich. Bei der Klage der Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder auf Erteilung ihrer Entlastung ist die Vollstreckung eines solchen Titels allgemein anerkannt¹²²⁾. Die Gesellschaft wird verurteilt, den oder die Kläger zu entlasten. Da die Entlastung nur durch Beschluß erfolgen kann, dieser seinem Inhalte nach bestimmt ist und sich in seinen äußeren Wirkungen als Willenserklärung darstellt¹²³⁾, richtet sich die Vollstreckung nach § 894 ZPO¹²⁴⁾.

¹²²⁾ zur Entlastungsklage siehe Anm. 115 auf S. 103.

¹²³⁾ h. M. vgl. v. Godin-Wilhelmi § 103 I; Düringer-Hachenburg § 250 Anm. 24; Brodmann (AktG) § 250 Anm. 1 a; die Charakterisierung des Beschlusses im Innenverhältnis ist dagegen sehr uneinheitlich in der Literatur; er wird angesehen als Gesamttakt, kollektiver Willensakt, mehrseitiges Rechtsgeschäft oder auch als körperschaftlicher Gesamtwillensakt, vgl. Düringer-Hachenburg a.a.O.; für die Frage der Vollstreckbarkeit hat diese Unterscheidung jedoch keine Bedeutung;

¹²⁴⁾ so ausdrücklich RGZ Bd. 89, 397 Urt. v. 6. II. 1917; Ritter zu § 104 Anm. 2 b; v. Godin: Klage auf Willenserklärung einer Gesellschaft in Form eines Gesellschafterbeschlusses, in ZAKDR 1943, 214; Schuler:

Die Frage der Vollstreckbarkeit eines gegen die Gesellschaft gerichteten Titels, der auf Erwirkung eines bestimmten Beschlusses gerichtet ist, ist auch in Zusammenhang mit der Durchsetzbarkeit von Rechten aus Stimmbindungsverträgen oder satzungsmäßigen Stimmbindungen behandelt worden.

Begründet die Satzung für ein oder mehrere Personen ein bestimmtes Sonderrecht, zu dessen Erfüllung es eines Beschlusses der Hauptversammlung bedarf, so wird die Klage gegen die Gesellschaft auf entsprechende Beschlußfassung überwiegend bejaht¹²⁵⁾. Die Vollstreckung eines in dieser Sache ergehenden Urteils erfolgt nach § 894 ZPO¹²⁶⁾. Der körperschaftliche Grundsatz, daß eine Beschlußfassung die Entschließungsfreiheit der an der Willensbildung beteiligten Personen voraussetzt, der insbesondere gegen die Wirksamkeit von Stimmbindungsverträgen zwischen Aktionären oder Aktionären und Dritten¹²⁷⁾ herangezogen

Die Entlastung des Vorstands und Aufsichtsrats in DAKtG 1960 S. 1 ff (4); Grimm: Uneinheitliche Stimmrechtsausübung und vertragliche Stimmbindung im Aktienrecht S. 90 u. 98; für die GmbH Scholz § 46 Anm. 10.

¹²⁵⁾ v. Godin-Wilhelmi § 15 Anm. 10, v. Godin in ZAKDR 1943, 214, Peters: Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen in ACP 156, 311 ff. insbes. 331—333, Grimm a.a.O. S. 90, Matzke RdW 1941 S. 288, Sommerfeldt: Verträge über die Ausübung des Stimmrechts von Aktien, S. 44 u. 74, wohl auch Wieczorek § 894 Anm. II b, 3 für die GmbH Scholz § 47 Anm. 7 (S. 478), a.A. RGZ in Urt. v. 4. II. 1943 Bd. 170, 358 ff. (372) aber nicht auf die besondere Problematik eingehend sondern einfach auf die Rspr zu Stimmbindungsverträgen zwischen Aktionären verweisend, auch ablehnend Andreae S. 46 und Zluhan S. 273, 291, 292.

¹²⁶⁾ so allgemein die Literatur, die zu einer Bejahung der Klage kommt, vgl. die vorhergehende Anmerkung.

¹²⁷⁾ aus der umfangreichen Literatur zu den Stimmbindungsverträgen zwischen Aktionären und zwischen Aktionären und Dritten vgl. — die Wirksamkeit dieser Verträge und deren Durchsetzbarkeit wird verneint — die Ausführungen von Brodmann: Zur Frage der Erfüllung von Abstimmungsverträgen in JW 1929, S. 615 ff., Cahn in DJZ 1932 Sp. 1326, Feine in Ehrenbergs Handbuch III, 3 (1929) zu § 38 I 5 (S. 520), Godin-Wilhelmi § 15 Anm. 10, Haupt: Gesellschaftsrecht, S. 136, Kronstein: Die abhängige jur. Person, S. 63, Schmidt - Meyer-Landrut in Großkomm. z. AktG § 87 Anm. 4, Staub-Pinner § 252 Anm. 31 c, aus der Rspr. RGZ Bd. 119, S. 386 ff., Urt. v. 10. 1. 1928, RGZ Bd. 133, S. 93 ff., Urt. v. 11. 6. 1931, RG in DR 1941 S. 333, Urt. v. 12. 10. 1940; die Wirksamkeit dieser Verträge und deren Durchsetzbarkeit bejahend Bartholomeyczik Anm. zu RG Urt. v. 12. 10. 1940 in DR 1941 S. 333 ff., Robert Fischer in GmbHR 1953 S. 65 ff., Erman: Zwangsweise Durchsetzung von Ansprüchen aus einem Stimmbindungsvertrag im Aktienrecht in DAKtG 1959 S. 267 ff., Grimm a.a.O. S. 93 ff., Peters a.a.O. S. 320 ff., Zluhan a.a.O. S. 297.

wird, bezieht sich nur auf die interne Willensbildung, entbindet nicht aber die juristische Person von jeder Rechtspflicht¹²⁸⁾).

Die Durchsetzbarkeit von Rechten gegen die juristische Person aus Stimmbindungsverträgen wird dagegen abgelehnt¹²⁹⁾, jedoch richtigerweise nicht aus körperschaftlichen Grundsätzen oder vollstreckungsrechtlichen Gründen, sondern weil durch den Abschluß von Verträgen dieser Art und deren Erzwingbarkeit ein Eingriff des für die juristische Person handelnden Vorstands oder Aufsichtsrats in den Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung liegt¹³⁰⁾.

Die angeführten Fälle zeigen, daß ein Titel, der die juristische Person und nach ihrer Organisation die Hauptversammlung zur Abgabe einer bestimmten Erklärung in der Form eines Beschlusses verpflichtet, grundsätzlich vollstreckt werden kann. In diesen Fällen sind allerdings Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner verschiedene Personen. Bei der Klage auf Entlastung macht das Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitglied ein eigenes Recht geltend¹³¹⁾ und steht als Partei selbständig der juristischen Person gegenüber¹³²⁾. Bei der satzungsgemäßen Stimmbindung klagt der durch die Satzung Begünstigte gegen die Gesellschaft¹³³⁾. Im Falle der gerichtlichen Durchsetzung des § 8 Abs. 3 Satz 6 durch die juristische Person richtet sich das Verfahren jedoch gegen die Rechtsträgerin selbst.

An dem Beispiel der aktienrechtlichen Nichtigkeits- und Anfechtungsklage und dem Antragsverfahren des § 8 MitbG zeichnet sich der Weg ab, wie ein der juristischen Person zustehendes Recht in einem gegen die juristische Person selbst gerichteten Prozeßverfahren durchsetzbar ist. Die Ausübung des Rechts muß einem Organ übertragen sein, das in dem gerichtlichen Verfahren eine Parteistellung besitzt.

Diese Parteirolle dem Vermittlungsausschuß oder einem anderen Organ der juristischen Person bei einer Klage aus § 8 Abs. 3

¹²⁸⁾ so insbes. Peters a.a.O. S. 332, v. Godin-Wilhelmi § 15 Anm. 10 und v. Godin in ZAKDR 1943 S. 214; anders, diesen Gesichtspunkt nicht beachtend die oben zitierte Entscheidung des RG Bd. 170 S. 358 ff.

¹²⁹⁾ vgl. OLG Dresden, Urt. v. 16. 11. 1923 in OLG Rspr Bd. 43 S. 311 ff., Junck: Über Delegationen in den Aufsichtsrat von Aktiengesellschaften, in LZ 1914 Sp. 1642, Staub zu § 243 Anm. 2 d, Zluhan a.a.O. S. 74, Schmidt - Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG zu § 87 Anm. 3.

¹³⁰⁾ so bes. deutlich Grimm a.a.O. S. 92 und Bergmann: Der Einfluß öffentlicher Körperschaften auf den Aufsichtsrat, S. 18.

¹³¹⁾ vgl. oben S. 95.

¹³²⁾ vgl. oben S. 104.

¹³³⁾ vgl. oben S. 106.

Satz 6 nur auf Grund eines allgemeinen rechtlichen Bedürfnisses zuzuerkennen, würde bedeuten, daß man gerade in dem Falle auf eine gesetzliche Regelung verzichtet, in dem die Parteifähigkeit im Gegensatz zu dem Anfechtungs- und Nichtigkeitsverfahren der §§ 195 ff. AktG und dem Antragsverfahren des § 8 MitbG noch über das Erkenntnisverfahren hinaus bei der Vollstreckung des Urteils vorhanden sein müßte und für die juristische Person und das die Vollstreckung durchzuführende Organ weitere innere Konfliktsituationen entstehen würden. In dem Verfahren nach § 195 und § 197 AktG hat der Gesetzgeber das förmliche Vollstreckungsverfahren der Zwangsvollstreckung durch eine Sonderregelung ausgeschlossen, § 200 AktG. In dem Antragsverfahren des § 8 findet sich die Urteilswirkung in § 8 Abs. 3 Sätze 5, 6, 7 MitbG.

Die Annahme einer Rechtspflicht der juristischen Person auf gerichtliche Durchsetzung des in § 8 Abs. 3 Satz 6 begründeten Rechtsgebots muß jedoch letztlich daran scheitern, daß das Mitbestimmungsgesetz die gerichtliche Durchsetzung des Rechtsgebots nicht näher ausgestaltet hat und sich nach dem Aktiengesetz eine allgemeine Zuständigkeit der juristischen Person für die Geltendmachung dieses Rechtsgebotes nicht finden läßt. Die oben behandelten Fälle stellen Ausnahmetatbestände dar und sind mit der vollen Problematik, die eine Rechtspflicht auf Durchsetzung des § 8 Abs. 3 Satz 6 für die juristische Person mit sich bringen würde, nicht beladen. Ein allgemeines rechtliches Bedürfnis, dem Rechtsgebot des § 8 Abs. 3 Satz 6 stärkere Geltung zu verschaffen, ist nicht geeignet, nicht gegebene Zuständigkeiten zu begründen, einem Organ Parteifähigkeit zu verleihen und die nach dem Aktienrecht außergewöhnliche Rechtslage zu schaffen, daß die juristische Person verpflichtet ist, eine ihr selbst übertragene Rechtspflicht gerichtlich durchzusetzen und ein entsprechendes Urteil mit allen Mitteln, auch dem Antrag auf Festsetzung von Beugestrafen nach § 888 ZPO, gegen sich selbst vollstrecken zu müssen.

Für eine stärkere Geltungswirkung eines Rechtsgebots dieser Art bietet sich die Festsetzung von staatlichen Zwangsmitteln an, wie sie in dem Betriebsverfassungsgesetz in der Form von Geldbußen angeordnet sind¹³⁴). Allerdings richten sich die Rechtsgebote nach dem Betriebsverfassungsgesetz an die Unternehmensleitung. Bei dem Gebot des § 8 Abs. 3 Satz 6 hat je-

¹³⁴) so z.B. §§ 66 u. 69 Betr.VerfG, in übrigen siehe dazu die Ausführungen oben auf S. 85.

doch die Hauptversammlung der Rechtspflicht nachzukommen. Dieser Unterschied schließt die Möglichkeit der Festsetzung einer Geldbuße nicht aus. Die juristische Person muß sowohl für Handlungen des Vorstands und Aufsichtsrats wie auch für die der Hauptversammlung mit ihrem Vermögen einstehen. Geldbußen sind wirkungsvoll, da sie die an dem Vermögen der juristischen Person interessierten Aktionäre, von denen die Beschlußfassung bei der Wahl des elften Mannes gerade abhängt, mittelbar treffen¹³⁵⁾.

Für die gesetzliche Regelung nach dem Mitbestimmungsgesetz bleibt abschließend festzustellen, daß im Falle des § 8 Abs. 3 Satz 6 für die juristische Person eine Rechtspflicht besteht, den elften Mann nach dem von dem Oberlandesgericht bestätigten Vermittlungsvorschlag zu wählen, daß das Rechtsgebot jedoch nicht im Wege der Klage oder durch Festsetzung von Bußgeldern erzwingbar ist.

III. Die Ersatzbestellung des elften Mannes nach § 89 AktG im Falle des § 8 Abs. 3 Satz 6 MitbG

Die gerichtliche Ersatzbestellung nach § 89 AktG muß auch in dem Falle möglich sein, in dem der elfte Mann von dem Wahlorgan entgegen § 8 Abs. 3 Satz 6 MitbG nicht gewählt wird.

Der Wortlaut des § 89 AktG in seiner Neufassung vom 15. Juli 1957¹³⁶⁾ steht dieser Rechtsauffassung entgegen. § 89 Abs. 4 Nr. 1 bestimmt, daß das in § 4 Abs. 1 Buchst. c des Mitbestimmungsgesetzes bezeichnete Mitglied, der elfte Mann, von dem Gericht nicht ergänzt werden kann. Eine Ersatzbestellung wird mit dem Hinweis auf diesen Gesetzeswortlaut daher auch ganz überwiegend abgelehnt¹³⁷⁾.

Vor der Neufassung des § 89 AktG, als die ausdrückliche Regelung noch fehlte, wurde die Möglichkeit einer Ersatzbestellung des elften Mannes von Boldt¹³⁸⁾ und Müller-Lehmann¹³⁹⁾ verneint, von Kötter bejaht¹⁴⁰⁾.

¹³⁵⁾ vgl. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen von Schultzenstein in ZJP 35, S. 475.

¹³⁶⁾ BGBI I, 714.

¹³⁷⁾ vgl. die Literaturhinweise oben auf S. 77 Fußnote 129 bis 132, weiterhin Schmidt - Meyer-Landrut in Großkomm. z. AktG § 89 Anm. 14; Auffarth in NJW 1957 S. 1702; Natzel in Betr. 1957 S. 748.

¹³⁸⁾ Boldt § 8 Anm. 12.

¹³⁹⁾ Müller-Lehmann § 7 Anm. 9.

¹⁴⁰⁾ Kötter § 8 Anm. 25 und in NJW 1951, S. 417 ff. (421).

Mit der gerichtlichen Ersatzbestellung des § 89 AktG soll erreicht werden, daß der Aufsichtsrat in die Lage versetzt wird, seine für die juristische Person wichtigen Kontrollfunktionen jederzeit ausüben zu können. Die Ersatzbestellung ist daher bei Beschlußunfähigkeit (Absatz 2), aber auch bei nicht vollzähliger Besetzung nach Ablauf von drei Monaten (Abs. 3 Satz 1), in dringenden Fällen (Abs. 3 Satz 2) und im Montanauufsichtsrat (Abs. 4) ohne Fristablauf vorgesehen.

Die jederzeitige Ersatzbestellung der Aufsichtsratsmitglieder in den Montanunternehmen hat seinen Grund darin, daß der Gesetzgeber für den Aufsichtsrat dieser Unternehmen ein bestimmtes Kräfteverhältnis zwischen Arbeitnehmer- und Anteilseignervertreter festgelegt hat und die Art der Ausübung der Aufsichtsratsfunktionen von diesem Kräfteverhältnis abhängt.

Die Funktionsfähigkeit des Montanauufsichtsrats ist mit der Mittlerstellung des elften Aufsichtsratsmitglieds eng verbunden. Seine Person soll die Funktionsfähigkeit des besonders strukturierten Aufsichtsrats gerade in jeder Situation gewährleisten¹⁴¹⁾. Eine gerichtliche Ersatzbestellung des elften Mannes müßte daher im besonderen Interesse des Gesetzes liegen. Sie wird von dem Grundgedanken des § 89 AktG miteerfaßt. Wenn der elfte Mann von der gerichtlichen Ersatzbestellung in Nr. 1 des Absatzes 4 ausgeschlossen ist, so nur weil der Ablauf des Wahlverfahrens des § 8 MitbG nicht gestört werden soll¹⁴²⁾. Die Gefahr einer Präjudizierung soll verhindert werden¹⁴³⁾. Auch Fitting¹⁴⁴⁾ und Auffarth¹⁴⁵⁾ bezeichnen das ausgewogene Wahlverfahren des § 8 als Grund für den Ausschluß einer Ersatzbestellung des § 89 AktG.

Dieser rechtliche Grund fehlt in den Fällen, in denen das Wahlverfahren des § 8 MitbG abgeschlossen ist. Mit dem Eintritt der Wahlfreiheit des Wahlorgans, § 8 Abs. 3 Satz 7¹⁴⁶⁾, und dem Falle des Eintritts der Bindungswirkung des § 8 Abs. 3 Satz 6 ist das Wahlverfahren des § 8 beendet. Dem Vermittlungsausschuß stehen keine Rechte mehr zu. Das Wahlorgan ist entweder in seiner Wahl frei oder gebunden.

¹⁴¹⁾ vgl. die Ausführungen oben auf S. 33.

¹⁴²⁾ so wohl auch Hoogen in seinem Bericht an den BT zu der Fassung von § 89 Abs. 4 Nr. 1 AktG, BT, 2. Wahlperiode 1953, BDr. 3503.

¹⁴³⁾ vgl. oben S. 77 und Wagner in BB 1957 S. 713.

¹⁴⁴⁾ Fitting, Arbeitsrechtsblattei, Mitbestimmung der Arbeitnehmer III A, Unterabschnitt C VII 3.

¹⁴⁵⁾ Auffarth in NJW 1957, S. 1702.

¹⁴⁶⁾ siehe oben Fall VI, 2, a S. 77.

Die Gründe, die insbesondere Boldt¹⁴⁷⁾ für die Ablehnung einer Ersatzbestellung des elften Mannes vorgebracht hatte, bezogen sich auf § 89 AktG a.F. Sie haben durch die Neufassung des Gesetzes ihren Bezugspunkt verloren. Boldt wies darauf hin, daß die wesentliche Voraussetzung des § 89 AktG a.F. — die Beschlußunfähigkeit des Aufsichtsrats — bei Fehlen des elften Mannes nicht vorliege. Diese Voraussetzung ist nach der neuen Fassung des § 89 AktG für Montanunternehmen fallen gelassen worden. Auf diese Voraussetzung hinweisend ist die Ablehnung des § 89 AktG n.F. nicht mehr zu begründen. Es ist daher nicht ganz richtig, wenn Natzel¹⁴⁸⁾ auf die Literatur zu § 89 AktG a.F. Bezug nimmt und ausführt, daß der Gesetzgeber aus den dort vorgebrachten Gründen die jetzige Gesetzesfassung gewählt habe. Die Problemstellung hat sich verlagert.

Bei Berücksichtigung der ratio des § 89 AktG und dem rechtlichen Grund für die Einschränkung in Abs. 4 Nr. 1 dieses Gesetzes ist eine Auslegung, die sich allein an dem Wortlaut orientiert, abzulehnen. Die gerichtliche Ersatzbestellung nach § 89 AktG muß bei Abschluß des Wahlverfahrens und Eintritts der Bindungswirkung nach § 8 Abs. 3 Satz 6 auch auf die Bestellung des elften Mannes zur Anwendung kommen.

¹⁴⁷⁾ oben S. 109 Fußnote 138.

¹⁴⁸⁾ Natzel in Betr. 1957 S. 748 ff. (749).

Dritter Abschnitt

Der tatsächliche Einfluß des elften Mannes in der Rechtswirklichkeit

Einführung:

Um den Einfluß des elften Mannes in der Rechtswirklichkeit im einzelnen festzustellen, bedürfte es einer genauen Felduntersuchung mit Befragungen möglichst aller Persönlichkeiten, die das Amt des elften Mannes innehaben, und auch der Unternehmen, innerhalb deren sie das Amt ausüben. Eine solche exakte und vollständige betriebssoziologische Untersuchung war im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich. Aber auch dann wären mit diesen Untersuchungen noch viele Unsicherheitsfaktoren verbunden, da die Geschäftsführung und die Beteiligten verständlicherweise nur ungern und nicht mit aller Offenheit Außenstehende über die tatsächlichen Verhältnisse im Aufsichtsrat und über den Einfluß seiner Mitglieder unterrichten würden¹⁾. Den bereits durchgeführten Untersuchungen²⁾ haftet daher immer dieser Vorbehalt an. Er läßt sich auch nur unvollständig durch einen Filter ausschließen, da die Motive für die in bestimmter Richtung gelenkten Aussagen verschieden sind. Die vielfältigen Unterschiede in der Konstellation der Unternehmen und Aufsichtsräte und die gerade hier in besonderem Maße ausgeprägte Individualität der Persönlichkeit und damit auch die verschiedene Art des Handelns erschweren es in besonderem Ma-

¹⁾ zu den Grenzen der Erkenntnis bei einer systematischen, direkten Befragung der durch die Mitbestimmung berührten Personen, siehe insbes. die Ausführungen von Voigt in Weddigen-Voigt: Zur Theorie und Praxis der Mitbestimmung, im einleitenden Teil, Kapitel 2, Ziff. 2 (S. 109 ff).

²⁾ Die tatsächlichen Auswirkungen des Mitbestimmungsgesetzes auf die Verhältnisse im Aufsichtsrat wurden insbesondere untersucht von: W. M. Blumenthal: Codetermination in the German Steel Industry, Princeton University, New Jersey, 1956; Neuloh: Der neue Betriebsstil, Tübingen 1960; Erich Potthoff, Otto Blume, Helmut Duvernell: Zwischenbilanz der Mitbestimmung, Tübingen, 1962; Weddigen-Voigt: Zur Theorie und Praxis der Mitbestimmung, Berlin, 1962.

Be, selbst bei bestem Untersuchungsmaterial, die Verhältnisse zu verallgemeinern und allgemeine Grundsätze aufzustellen.

Eine Schwierigkeit liegt weiterhin darin, daß vertrauliche Gespräche mit sachkundigen Personen, insbesondere elften Männern, gerade wegen der besonderen Vertraulichkeit der Gespräche nicht nach wissenschaftlichen Grundsätzen mit der Möglichkeit der Nachprüfbarkeit durch Dritte angegeben werden können. Trotz dieser Schwierigkeiten kann in dieser Arbeit nicht darauf verzichtet werden, den tatsächlichen Einfluß des elften Mannes wenigstens in den Grundzügen darzustellen.

Der ständige Wechsel in der Tatsachenwelt, insbesondere in dem wirtschaftlichen Bereich, läßt Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit nicht zu voller Übereinstimmung kommen. Es besteht eine Divergenz, die zu einer Wechselwirkung führt: die Gestaltung der Rechtswirklichkeit durch den Rechtssatz, aber auch die Anpassung des Rechtssatzes an die Rechtswirklichkeit³⁾. Sie führt zu einer Entwicklung der geltenden und einer Entwicklung neuer Rechtssätze⁴⁾. Eine eingehende Betrachtung der Problematik um den elften Mann im Aufsichtsrat kann die Rechtswirklichkeit nicht unbeachtet lassen.

Die folgende Darstellung gründet sich auf bereits durchgeführte Untersuchungen zu den Auswirkungen des Mitbestimmungsrechts, aus denen Angaben auch für den elften Mann zu entnehmen waren⁵⁾, auf Presseartikel und Wirtschaftsnachrichten und auf persönlich geführte Gespräche. Diese einzelnen Mittel bieten bei allem Vorbehalt doch in ihrer Zusammenschau eine ausreichende Grundlage dafür, den Einfluß des elften Mannes in der Rechtswirklichkeit wenigstens in den Grundzügen darzustellen.

A. Das Wahlverfahren.

In den elf Jahren, die seit Verkündigung des Mitbestimmungsgesetzes vergangen sind⁶⁾, ist kein einziges Mal das besondere Wahlverfahren des § 8 Abs. 2 und 3 mit der Bildung eines Vermittlungsausschusses durchgeführt worden. Die Gerichte, nach

³⁾ Kronstein: Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht, S. 27.

⁴⁾ siehe Kronstein, a.a.O.

⁵⁾ vgl. die Zusammenstellung der Literatur auf S. 112 Anm. 2.

⁶⁾ Das MitbG ist am 21. 5. 1951 (BGBl. I S. 347) erlassen worden; es ist jedoch für die betroffenen Unternehmen nicht gleichzeitig in Kraft getreten, vgl. § 14 des Gesetzes und die Kommentierungen bei Boldt, Kötter u. Müller-Lehmann; der späteste Zeitpunkt war für alle Unternehmen der 31. 12. 1951.

dem Gesetz die Oberlandesgerichte, § 8 Abs. 3 Satz 4, sind demzufolge noch nicht zu einer Entscheidung über einen ablehnenden Beschluß des Wahlorgans angerufen worden⁷⁾). Dieses Ergebnis ist durch die jüngsten Untersuchungen von Voigt bestätigt worden⁸⁾). Zu einem entsprechenden Ergebnis kam auch Blumenthal⁹⁾ für zehn Gesellschaften der Eisen- und Stahlindustrie in seinen 1956 veröffentlichten betriebssoziologischen Untersuchungen.

Die Aufstellung des Wahlvorschlags für den elften Mann im Aufsichtsrat erfolgt vielmehr meist in Verhandlungen zwischen dem Deutschen Gewerkschaftsbund und den Vorständen oder Großaktionären der einzelnen Unternehmen, teilweise unter Hinzuziehung des Arbeitgeberverbandes. In den meisten Fällen kommt es zu einer relativ schnellen Einigung zwischen den beiden Sozialpartnern. Häufig wird das Amt des Aufsichtsratsvorsitzenden gegen den Sitz des elften Mannes ausgehandelt¹⁰⁾ ¹¹⁾, oder das Vorschlagsrecht für die Wahl des elften Mannes zwischen Arbeitnehmer- und Anteilseigner- bzw. Vorstandsseite für mehrere Unternehmen gleichmäßig untereinander aufgeteilt¹²⁾). Das Wahlorgan stimmt dem in dieser Weise aufgestellten Wahlvorschlag ohne besondere Einwände in den meisten Fällen sogar mit großer Stimmenmehrheit zu. Die Wahl des elften Mannes ist abgeschlossen. Da das Einverständnis des Gewählten schon vor der Wahl eingeholt wurde, ist die Annahme der Wahl nur noch ein formeller Akt.

Es kann somit festgestellt werden, daß das Wahlverfahren in der Rechtswirklichkeit sehr viel reibungsloser abläuft als der Gesetzgeber sich den Wahlvorgang vorgestellt hat. Für die Aufstellung des Wahlvorschlags sind noch andere im Mitbestimmungsgesetz nicht aufgeführte Gesichtspunkte entscheidend. Harte Auseinandersetzungen, wie sie der Gesetzgeber befürchtet hatte und deren Beilegung er in § 8 MitbG bis ins einzelne regelte, sind offensichtlich noch nicht eingetreten.

⁷⁾ Diese Auskunft gab sowohl der Bundesverband der Arbeitgeberverbände in Köln als auch der Deutsche Gewerkschaftsbund in Düsseldorf im Januar 1961.

⁸⁾ Voigt in Weddigen-Voigt S. 349.

⁹⁾ Blumenthal S. 31.

¹⁰⁾ Blumenthal S. 30/31; Zwischenbilanz der Mitbestimmung S. 71; Voigt a.a.O. S. 347 bis 349.

¹¹⁾ Blumenthal a.a.O. bezeichnet das Aufstellen des Wahlvorschlages unverhohlen als „Kuhhandel“; so auch Voigt a.a.O. S. 348.

¹²⁾ Voigt a.a.O. S. 349.

B. Die Stellung des elften Mannes im Aufsichtsrat.

I. Die Vermittlerfunktion.

Eine Vermittlerfunktion hat der elfte Mann bisher nur in den seltensten Fällen übernommen. Dies liegt vor allem an den Verhältnissen in der Unternehmensführung.

Die faktische Stellung des Aufsichtsrats ist in den Unternehmen sehr verschieden. Bei größerem Aktienstreubesitz¹³⁾ tritt allgemein eine starke Verselbständigung des Vorstandes ein, die sich auch auf die Stellung des Aufsichtsrats in der Gesellschaft auswirkt¹⁴⁾. Der Aufsichtsrat verliert seinen Einfluß¹⁵⁾. Er wird auf seine Mindestbefugnisse beschränkt¹⁶⁾. In Aktiengesellschaften, die einem Konzern angehören, oder in denen ein oder mehrere Großaktionäre sitzen, wird die Stellung des Aufsichtsrats stärker. Er kann zu einem die Geschäftsführung bestimmenden Verwaltungsrat werden¹⁷⁾.

In beiden Fällen finden vor den eigentlichen Sitzungen des Aufsichtsrats Unterredungen zwischen den Mitgliedern des Aufsichtsrats und den Vorstandsmitgliedern statt, in denen die Geschäftspolitik besprochen, und die Punkte vorbereitet werden, die dem Aufsichtsrat zur Beschlußfassung vorgelegt werden sollen. Erst wenn ein allgemeines Übereinstimmen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat und den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern erzielt wurde, kommt gewöhnlich die Frage im Aufsichtsrat zur Abstimmung, die damit nur der formelle Abschluß dieser vorhergehenden Aussprachen darstellt¹⁸⁾. KampfAbstimmungen sind selten. In den meisten Fällen werden die Beschlüsse einstimmig gefaßt¹⁹⁾. Nur in seltenen Fällen dürfte mithin der von dem Ge-

¹³⁾ Das gleiche gilt für die GmbH und die Berggewerkschaft hinsichtlich ihrer Geschäftsanteile bzw. Kuxe.

¹⁴⁾ Allerdings ist die Schwächung der Hauptversammlung in diesen Fällen noch größer, vgl. J. Eick in FAZ vom 11. 10. 1961; Cassier S. 49 ff.

¹⁵⁾ vgl. auch die Ausführungen von Voigt zu den Veränderungen, die sich im Verhältnis Vorstand/Aufsichtsrat durch die qualifizierte Mitbestimmung ergeben haben, so insbes. a.a.O. S. 509.

¹⁶⁾ vgl. dazu Würdinger § 21, I, 1 (S. 141); Mestmäcker S. 91; Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentages Ausschuß II S. 76.

¹⁷⁾ Würdinger a.a.O.; siehe in diesem Zusammenhange zu der Bedeutung des Aufsichtsrats nach AktG und MitbG auch die Ausführungen von Boerckel a.a.O. S. 8 ff.

¹⁸⁾ vgl. die Untersuchungen von Voigt a.a.O. S. 331, 332, 390.

¹⁹⁾ Voigt a.a.O. S. 332; Neuloh hat in seinen Untersuchungen nicht eine KampfAbstimmung festgestellt. Betriebsstil S. 162; zu dem gleichen Ergebnis kommt Blumenthal S. 37; vgl. auch Dietz: Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht S. 20.

setzgeber gefürchtete Zustand eintreten, daß sich die Stimmen der Anteilseigner- und der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat unüberbrückbar gegenüberstehen und dem elften Mann die entscheidende Stimme zufällt²⁰⁾.

Einer dieser seltenen Fälle ist die Beschlußfassung über die Stilllegung dreier Kohlenzechen in dem Aufsichtsrat der Gelsenkirchener Bergwerks AG und deren Tochterunternehmen, der Bochumer Bergbau AG²¹⁾. Die Zeche „Prinzregent“, die schon auf Grund eines 1953 gefaßten Aufsichtsratsbeschlusses mit der Zeche „Dannebaum“ zusammengelegt wurde, und die Zechen „Friedlicher Nachbar“ und „Engelsburg“ wurden für die Bochumer Bergbau AG trotz Rationalisierungsversuchen starke Verlustzechen. Angesichts der zunehmenden Kohlenkrise beschloß der Vorstand, die Zechen stillzulegen. Der Aufsichtsrat der Bochumer Bergbau AG lehnte jedoch einen solchen Beschluß mit sechs zu fünf Stimmen ab²²⁾. Dieser ablehnende Beschluß wurde von den Stimmen der Arbeitnehmervertreter und der Stimme des elften Mannes getragen. Der elfte Mann begründete seinen Standpunkt damit, daß eine gleichzeitige Schließung der Zechen zu große soziale Härten mit sich bringen würde; die Zechenschließungen könnten nur nacheinander und nach Ausarbeitung eines Sozialplanes durchgeführt werden.

Der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft, die Gelsenkirchener Bergwerk AG, vertagte am 20. 11. 1959 die Beschlußfassung über die Stilllegung der Zechen auf den 10. Dezember 1959. Mit dem Vorstand wurde vereinbart, daß dieser bis zu der neuen Sitzung einen Sozialplan aufstellen und Verhandlungen mit der Stadt Bochum über anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten der Entlassenen führen sollte²³⁾. In der Sitzung vom 10. 12 1959 wurde mit den zehn Stimmen der Anteilseignervertreter und dem einundzwanzigsten Mann gegen den Widerstand der zehn Stimmen der Arbeitnehmervertreter die Stilllegung der drei Zechen in Verbindung mit dem Sozialplan des Vorstands beschlossen²⁴⁾.

In den Aufsichtsratsbeschlüssen beider Gesellschaften hat der elfte bzw. der einundzwanzigste Mann die entscheidende Stimme abgegeben. Eine solche Zuspitzung tritt aber, wie bereits oben

²⁰⁾ Voigt a.a.O. S. 332.

²¹⁾ vgl. dazu den Aufsatz von Throm in FAZ vom 19. 11. 1959, Nr. 268 S. 13.

²²⁾ FAZ vom 10. 11. 1959 (Nr. 261) S. 16.

²³⁾ FAZ vom 21. 11. 1959 (Nr. 270) S. 8.

²⁴⁾ FAZ vom 11. 12. 1959 (Nr. 287) S. 1; Blick durch die Wirtschaft vom 14. 12. 1959 (Nr. 289) S. 1.

dargelegt²⁵⁾ nur selten auf. Allerdings dürfte dieser Fall nicht einmalig sein. Es ist zu berücksichtigen, daß die Beschlüsse des Aufsichtsrats und erst recht das Abstimmungsverhältnis grundsätzlich nicht öffentlich bekanntgegeben werden und durch die Presse gehen.

In den Verhandlungen, die gewöhnlich vor den Abstimmungen im Aufsichtsrat geführt werden, hat der elfte Mann nur in wenigen Fälle eine besondere Vermittlerfunktion. Einmal sind die Situationen, in denen die Auffassungen der beiden Sozialpartner sich geschlossen gegenüberstehen, nicht so häufig, zum anderen wird ein Übereinkommen zwischen diesen beiden Parteien meist schon in einem Stadium erreicht, bevor der elfte Mann sich einschalten kann²⁶⁾. Die Unternehmensentscheidungen, die von den Sozialpartnern eine unterschiedliche Betrachtung erfahren könnten, sind die Festsetzung der Löhne und die Bestimmung der Dividendenhöhe. Die Lohnforderungen sind durch die Tarifverhandlungen und Tarifverträge jedoch weitgehend aus dem Einzelbetriebsgeschehen herausgenommen. Der Forderung nach einer möglichst niedrigen Dividende wird meist schon von dem Vorstand aus geschäftspolitischen Gründen entsprochen, so daß es häufig gerade auf diesem Gebiet zu einer Übereinstimmung zwischen Vorstand und Arbeitnehmerseite kommt. Die Befürchtungen, daß Investitionspläne von den Arbeitnehmervertretern gehemmt werden könnten²⁷⁾, sind nicht eingetreten. Um die Konkurrenzfähigkeit zu erhalten und den Arbeitsplatz zu sichern, haben sich die Arbeitnehmervertreter teilweise sogar investitionsfreudig gezeigt²⁸⁾.

Demgegenüber sind die Fälle nicht selten, in denen Meinungsverschiedenheiten innerhalb der beiden Gruppen auftreten, die der Gesetzgeber gegenübergestellt hat. Blumenthal³⁰⁾ sieht drei Gründe für unterschiedliche Beurteilungen und eine nicht einheitliche Abstimmung der Arbeitnehmervertreter als entscheidend an: eine verschieden starke Konformierung der Arbeitnehmervertreter mit den Zielsetzungen des Betriebsrats, verschie-

²⁵⁾ vgl. oben S. 114.

²⁶⁾ Voigt a.a.O. S. 332 konnte in seinen Untersuchungen feststellen, daß Anteilseigner- und Arbeitnehmerseite ganz bewußt immer wieder versucht haben, ohne die Stimme des elften Mannes auszukommen, um den elften Mann in seiner Neutralität nicht zu „strapazieren“.

²⁷⁾ Böhm S. 128.

²⁸⁾ Neuloh: Betriebsstil S. 140/141.

²⁹⁾ Neuloh a.a.O.; so auch Voigt a.a.O. S. 375.

³⁰⁾ Blumenthal S. 147/148.

den starke Betonung betrieblicher und überbetrieblicher Gesichtspunkte und ein verschieden starkes Zugehörigkeitsgefühl zu dem Unternehmen.

Blumenthal³¹⁾ ist der Ansicht, daß die tiefere Ursache hierfür in der unterschiedlichen Bestellung der Arbeitnehmervertreter liege. Dies ist sicher richtig. Die verschiedene Art der Bestellung führt insbesondere dazu, daß sich im Aufsichtsrat betriebsfremde und betriebsangehörige Arbeitnehmervertreter befinden, die damit auch eine verschiedene Einstellung zu dem Unternehmen besitzen³²⁾. Die Art der Bestellung hat jedoch auf die Meinungsbildung nicht eine so überragende Bedeutung, daß alle anderen Umstände dahinter verblassen.

Bei den Anteilseignervertretern kann der Interessengegensatz zwischen Groß- und Kleinaktionären und zwischen Aktionären und Bankenvertretern zu offenen Auseinandersetzungen führen.

Gegensätze, die zwischen den beiden Sozialpartnern bestehen, werden in den meisten Fällen in den Montangesellschaften bereits im Vorstand ausgetragen. Der Arbeitsdirektor trägt die Vorstellungen der Arbeitnehmerseite in den Vorstandssitzungen vor. Sie werden dort mit den übrigen Vorstandsmitgliedern besprochen³³⁾. Da der Arbeitsdirektor das besondere Vertrauen der Arbeitnehmervertreter besitzt³⁴⁾, zugleich aber Mitglied des Vorstandsorgans ist, übernimmt er in den meisten Fällen die eigentliche Vermittlerfunktion zwischen den beiden Sozialpartnern³⁵⁾.

Der tatsächliche Einfluß des elften Mannes als Vermittler zwischen Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern ist mithin in den Vorverhandlungen, den Sitzungen und Abstimmungen im Aufsichtsrat nur gering.

Die Feststellungen gelten für die seitherigen Praktiken in der Unternehmensführung, der bisherigen wirtschaftlichen Gesamtsituation und der bisherigen Einstellung und Haltung der

³¹⁾ Blumenthal a.a.O.

³²⁾ Auf diesen Unterschied macht Voigt a.a.O. immer wieder aufmerksam, so z.B. bei der Einstellung der Aufsichtsratsmitglieder zu Investitionen S. 375/376.

³³⁾ Blumenthal S. 39.

³⁴⁾ vgl. die Wahl des Arbeitsdirektors und die Möglichkeit des Widerrufs seiner Bestellung, §§ 75 AktG, 13 MitbG.

³⁵⁾ Neuloh, Betriebsstil S. 56; ähnlich auch Voigt a.a.O. in seiner Zusammenfassung auf S. 504.

Arbeitnehmer in dem Wirtschaftsablauf. Bei einer Änderung dieser Faktoren könnte die Vermittlerfunktion des elften Mannes weitaus mehr in den Vordergrund treten und sich seine Stellung im Aufsichtsrat wesentlich verstärken.

II. Der Einfluß des elften Mannes auf die Willensbildung im Aufsichtsrat

1. Das Amt und die Persönlichkeit des elften Mannes.

Dem elften Mann wurde kein gesetzlicher Auftrag zuteil, der ihn verpflichten würde, sein Stimmrecht in einem bestimmten Sinne auszuüben³⁶⁾. Aufschluß über den Einfluß des elften Mannes in dem Aufsichtsrat der Montanunternehmen kann nur eine nähere Kennzeichnung der Personen geben, die dieses Amt innehaben. Es ist allerdings außerordentlich schwer, allgemeine Feststellungen über die Einstellung dieser Personen zu treffen, insbesondere ob sie den Arbeitnehmervetretern oder den Anteilseignervetretern im Aufsichtsrat näher stehen. Feststellungen dieser Art sind immer fehlerhaft. Sie sind ohne Verallgemeinerungen nicht möglich, die gerade hier besonders bedenklich sind.

Der folgenden Darstellung liegt eine Untersuchung der elften Männer von 50 führenden Unternehmen des Bergbaues und 35 Unternehmen der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie zugrunde³⁷⁾. Anhand der verfügbaren Literatur³⁸⁾ wurde versucht, die berufliche Stellung und Orientierung der Person zu bestimmen, die das Amt des elften Mannes innehat.

³⁶⁾ vgl. oben S. 35 dieser Arbeit.

³⁷⁾ die einzelnen Personen, deren berufliche Stellung und die Zugehörigkeit zu den einzelnen Unternehmen sind unter B III dieses Abschnittes alphabetisch und getrennt nach den Unternehmen des Bergbaues und den Unternehmen der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie aufgeführt.

³⁸⁾ Die Angaben sind aus folgenden Quellen zusammengestellt:
Presse Nachrichten des Pressebüros Roebel, Düsseldorf;
Vorstände und Aufsichtsräte von Bergbaugesellschaften,
Vorstände und Aufsichtsräte von Stahlgesellschaften,
(das Nachrichtenwerk ist inzwischen, zum 31. Dezember 1961, eingestellt worden).
Leitende Männer der Wirtschaft, Darmstadt 1961, Handbuch der Großunternehmen, Darmstadt 1961;
Handbuch der Deutschen Aktiengesellschaften, Darmstadt 1959/60, 60/61, 61/62.
Adreßbuch der Direktoren und Aufsichtsräte, Berlin 1960;
Wer ist Wer? Das Deutsche Who's who?, Berlin 1958;
Taschenbuch des öffentlichen Lebens, Bonn 1961.

Aus den oben angeführten Gründen ist es außerordentlich schwierig, bestimmte Gruppen zu bilden. Insbesondere zeigt sich immer wieder, daß Personen aus dem Wirtschaftsleben auch öffentliche Ämter bekleiden und öffentliche Funktionen erfüllen.

Schwierig ist ebenfalls, die Gruppe der Bankleute von den Vertretern der Industrie und des öffentlichen, politischen Lebens abzugrenzen. Die Bundesbank und die Landeszentralbanken oder öffentlichen Kreditanstalten erfüllen trotz ihrer Bankgeschäfte in erster Linie staatliche Aufgaben. Personen des öffentlichen Bankgewerbes sind daher in den Aufstellungen als Vertreter des öffentlichen Lebens angesehen worden. Wenn auch die folgende Darstellung in Einzelfällen zweifelhaft sein mag, so liefert sie doch in ihrer die einzelnen Fälle ausgleichenden Gesamtschau verwertbares Material.

2. Die Träger des Amtes

In den 35 untersuchten Unternehmen der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie kommen 23 elfte Männer, also etwa $\frac{2}{3}$, aus dem öffentlichen Leben, 6, etwas mehr als $\frac{1}{6}$, aus der privaten Bankwirtschaft und weitere 6, also ebenfalls etwa $\frac{1}{6}$, aus der Industrie.

Von 50 Unternehmen des Bergbaues konnten 29, etwa $\frac{3}{5}$, dem öffentlichen Leben, 11, also etwas mehr als $\frac{1}{5}$, dem privaten Bankgewerbe, 7, also weniger als $\frac{1}{5}$, der Industrie zugezählt werden. In den Bergbauunternehmen gehörten 3 elfte Männer freien Berufen an: zwei Rechtsanwälte und ein Wissenschaftler, Professor der Volkswirtschaftslehre³⁹⁾ ⁴⁰⁾).

³⁹⁾ Die Zahlen gehen von dem Amt des elften Mannes aus. Wenn einzelne Personen mehrfach mit dem Amt des elften Mannes betraut wurden, so sind sie in der Aufstellung auch mehrfach angegeben worden.

⁴⁰⁾ vgl. auch die Zusammenstellung der elften Männer nach bestimmten Berufsgruppen bei Voigt in Weddigen-Voigt Tabelle 24 (S. 352/353).

Von elften Männern besetzte Aufsichtsratsmandate in der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie und den Bergbauunternehmen

in	aus dem öfftl. Leben	dem priv. Bank- gewerbe	der Indu- strie	den freien Berufen	ins- gesamt ⁴¹⁾
Eisen- und Stahlunter- nehmen	23	6	6	—	35
Bergbau- unter- nehmen	29	11	7	3	50

Die überwiegende Zahl der elften Männer $\frac{2}{3}$ und $\frac{3}{5}$) gehört dem öffentlichen Leben an. Die Zahl der elften Männer aus dem Bankgewerbe ist verhältnismäßig groß. Sie ist noch größer, wenn man nicht so sehr die organisatorische Eingliederung der Ämter in den Vordergrund stellt, die die elften Männer als ihren eigentlichen Beruf ausüben, sondern wenn man stärker von dem Tätigkeitsgebiet dieser Personen und ihrer funktionalen Stellung im Wirtschaftsgeschehen ausgeht. Mitglieder der Landeszentralbanken, der Deutschen Bundesbank, der Sparkassen- und Giroverbände und sonstiger Kreditanstalten wären unter diesem Gesichtspunkt der Zahl der Bankenvertreter hinzuzurechnen. Bei der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie würden sich die Personen aus dem Bankgewerbe um sieben auf dreizehn erhöhen, so daß bei gleichzeitiger Minderung der Personengruppe, die dem öffentlichen Leben zugezählt wurde, ein Verhältnis von 16 : 13 entstehen würde. Für den Bergbau würde sich das Ver-

⁴¹⁾ Die Summe bedeutet nicht die Gesamtzahl aller von elften Männern besetzten Aufsichtsratsmandate aus dem jeweiligen Industriezweig sondern die Summe der Mandate, die die in der Zusammenstellung in Kapitel 3 dieses Abschnitts aufgeführten Männer innehaben. Eine vollständige Erfassung aller Mandate war mit den zur Verfügung stehenden Hilfsmitteln nicht möglich. Die Gesamtzahl der Aufsichtsratsmandate ändert sich zudem ständig mit dem Strukturwechsel im Wirtschaftsgeschehen, vgl. aus jüngster Zeit die Umstellungen bei den Klöckner Werken AG und den dadurch bedingten Ausschluß des Mitbestimmungsrechts bei der Klöckner Bergbau, Königsborn Werke AG (FAZ v. 21. 4. 1962).

hältnis nicht so stark verschieben. Es kämen vier Bankenvertreter hinzu, so daß sich ein Verhältnis von 25 : 15 ergäbe. Es fällt auf, daß in den Bergbauunternehmen mehr elfte Männer aus dem privaten Bankgewerbe kommen, als dies in den Unternehmen der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie der Fall ist.

Gegenüber den elften Männern aus dem öffentlichen Leben und dem Bankgewerbe ist die Zahl der elften Männer aus der Industrie gering. Es sind in der Eisen- und Stahl erzeugenden Industrie in erster Linie verdiente Vorstandsmitglieder, die sich nicht mehr im Amte befinden. Freie Berufe sind in verschwindend geringem Maße anzutreffen.

Für alle Personen, die als elfte Männer gewählt wurden, gilt gemeinsam, daß sie Persönlichkeiten sind, die auf ihrem Gebiet ein einflußreiches Amt bekleiden⁴²⁾. Es sind ausgeprägte Persönlichkeiten. Unter den elften Männern, die aus dem öffentlichen Leben kommen, befinden sich in den Unternehmen der Eisen- und Stahlindustrie fünf Minister, von denen drei noch im Amte waren, ein Staatssekretär, ein Ministerialdirektor, ein Regierungs- und ein Regierungsvizepräsident, ein Landrat, ein Oberkreisdirektor, ein Landesarbeitsamtspräsident, ein Oberverwaltungsgerichtspräsident und der Präsident des Bundesarbeitsgerichts.

In den Bergbauunternehmen ist eine ähnliche Zusammensetzung festzustellen. Allerdings fällt eine engere Beziehung zwischen dem öffentlichen Amt, das der elfte Mann bekleidet, und dem Bergbauwesen auf. Es finden sich unter den elften Männern der Präsident des Bayerischen Oberbergamtes, fünf Berghauptmänner, der erste Geschäftsführer der Treuhandstelle für Bergmannswohnstätten, ein Knappschaftsdirektor, der Direktor der Nationalen Bergschule in Paris. Den elften Sitz im Aufsichtsrat haben aber auch hier inne: ein Minister, ein Staatssekretär, ein Ministerialdirektor, zwei Regierungspräsidenten, zwei Oberstadtdirektoren, der Präsident einer Landesfinanzverwaltung, ein Oberkreisdirektor. Es findet sich weiterhin unter den elften Männern der Präsident des Deutschen Roten Kreuzes. Die elften Männer, die aus dem Bankgewerbe und der Wirtschaft kommen, sind fast ausschließlich Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer oder Gesellschafter.

⁴²⁾ Blumenthal S. 33 hebt die „Prominenz“ dieser Personen ebenfalls besonders hervor und stellt sogar die allerdings nicht bewiesene Behauptung auf, daß die Erfahrung weniger wichtig als eben die Prominenz dieser Personen sei.

Der elfte Mann ist nur in wenigen Fällen gleichzeitig Vorsitzender des Aufsichtsrats. In den 35 untersuchten Eisen und Stahl erzeugenden Unternehmen wurde er in vier Aufsichtsräten, also etwa in $\frac{1}{9}$ der Unternehmen zum Vorsitzenden gewählt. In den 50 Bergbauunternehmen führte der elfte Mann in fünf Aufsichtsräten, also $\frac{1}{10}$ der Fälle, zugleich das Amt des Aufsichtsratsvorsitzenden⁴³⁾. Mit einer einzigen Ausnahme waren die Personen, die als elfter Mann den Vorsitz im Aufsichtsrat innehatten, Bankleute. In der ganz überwiegenden Zahl der Fälle wurde der Aufsichtsratsvorsitzende von der Anteilseignerseite gestellt⁴⁴⁾ ⁴⁵⁾.

3. Der persönliche Einfluß des elften Mannes.

Die Vermittlerrolle des elften Mannes zwischen den beiden Sozialpartnern war, wie oben dargelegt wurde⁴⁶⁾, bisher nicht groß. Der Grund hierfür lag in der Rechtswirklichkeit. Die Fälle, in denen eine Vermittlung im Aufsichtsrat erforderlich gewesen wäre, waren selten.

In seiner Eigenschaft als vollberechtigtes Mitglied im Aufsichtsrat steht der elfte Mann darüber hinaus wie jedes Aufsichtsratsmitglied bei jeder Beschlußfassung vor einer bestimmten Entscheidung, die von ihm getroffen werden muß. Vor der Abstimmung hat er die Gelegenheit, das Wort zu ergreifen.

Dieser Einfluß des elften Mannes auf die Willensbildung im Aufsichtsrat ist außerordentlich schwer zu bestimmen. Ausführungen zu dieser Frage sind meist spekulativer Art, da brauchbare Unterlagen nicht in genügendem Maße vorhanden sind. Es läßt sich jedoch zunächst eine negative Feststellung treffen: über den elften Mann geht kein einheitlicher, in einer bestimm-

⁴³⁾ Dieses Ergebnis wird durch die Untersuchungen: Zwischenbilanz der Mitbestimmung S. 71 bestätigt; auch nach diesen Untersuchungen ist der elfte Mann in der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie etwas häufiger zum Aufsichtsratsvorsitzenden gewählt worden.

⁴⁴⁾ nach den Untersuchungen: Zwischenbilanz der Mitbestimmung S. 71 ist der Vorsitz im Aufsichtsrat bei lediglich 5 % aller Montangesellschaften von der Arbeitnehmerseite besetzt worden; die betreffenden Unternehmen waren fast ausschließlich Eisen- und Stahlgesellschaften.

⁴⁵⁾ nach Zwischenbilanz der Mitbestimmung S. 265 hat die Arbeitnehmerseite in fast allen Unternehmen selbst darauf verzichtet, den Vorsitzenden zu stellen, wenn sie für diesen Verzicht die Benennung des ersten Stellvertreters und des neutralen Mannes einhandeln konnte.

⁴⁶⁾ vgl. oben S. 115 ff.

tn Richtung führender Einfluß auf die Willensbildung in den Aufsichtsräten und damit auf das Wirtschaftsgeschehen aus⁴⁷⁾).

Ein positiver gesetzlicher Auftrag besteht für den elften Mann nicht⁴⁸⁾. Die gesetzliche Ausgestaltung seiner Rechtsstellung als neutrale Person zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter⁴⁹⁾ ist ebenfalls nicht geeignet, eine einheitliche Einflußnahme des elften Mannes herbeizuführen. Einmal ist diese Regelung nur formeller Natur, sie bringt kein sachliches Moment, zum anderen findet sich gerade in dieser Hinsicht die größte Diskrepanz zwischen Gesetz und Rechtswirklichkeit. Eine absolute Neutralität zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmerinteressen gibt es nicht. Jede Person bezieht in diesem Interessengegensatz in irgendeiner Form Partei, mag diese Stellungnahme auch nur emotional begründet sein. Der einzelne ist bereits zu sehr in das Spannungsfeld miteinbezogen worden⁵⁰⁾. Diese Realität wird, wie das tatsächlich praktizierte Wahlverfahren zeigt⁵¹⁾, von den Sozialpartnern klar erkannt. Sie gehen von dieser Sachlage aus. Das Gesetz hat nicht die Voraussetzungen für eine gleichgeartete Einflußnahme dieser Personengruppe geschaffen.

Eine gleichgerichtete Einflußnahme ergibt sich auch nicht aus der gesinnungsmäßigen Gleichheit der tatsächlich gewählten Personen. Die elften Männer besitzen, wie die Untersuchungen zeigen⁵²⁾, eine unterschiedliche fachliche Ausbildung, unterschiedliche Stellung im Berufsleben, fühlen sich unterschiedlichen Interessen verpflichtet. Die Einteilung in Personen aus dem öffentlichen Leben, dem Bankgewerbe, der Industrie und freien Berufen in der obigen Tabelle ist in diesem Sinne nicht genügend detailliert. Die Anschauungen zu Fragen der Geschäftspolitik können unter zwei Aufsichtsratsmitgliedern, die beide in dem öffentlichen Leben stehen, gerade weil das Moment des Politischen und Parteipolitischen eine bedeutende Rolle spielt, noch weiter voneinander abweichen, als dies zwi-

⁴⁷⁾ so auch generell für die „weiteren Mitglieder“ des § 4 Abs. 1 und 2 MitbG, die als „Öffentlichkeitsvertreter“ bezeichnet werden, Cassier, S. 174.

⁴⁸⁾ vgl. oben S. 27.

⁴⁹⁾ siehe oben die Ausführungen zur Rechtsstellung des elften Mannes auf S. 33 ff.

⁵⁰⁾ Die Unmöglichkeit einer wirklichen Neutralität hat auch Blumenthal in seinen Untersuchungen S. 33 zum Ausdruck gebracht.

⁵¹⁾ siehe die Ausführungen auf S. 113.

⁵²⁾ vgl. oben S. 119 ff. und die alphabetische Zusammenstellung der elften Männer im 3. Abschnitt dieser Arbeit.

schen zwei Personen zu sein braucht, von denen die eine aus dem öffentlichen Leben kommt und die andere dem privaten Bankgewerbe oder der Industrie angehört. Die Einflußnahme des elften Mannes in den Montanunternehmen auf die sachliche Entscheidungsbildung des Aufsichtsrates wird damit auch nicht durch Umstände, die außerhalb des Gesetzes liegen, aufeinander abgestimmt. Die Personen, die das Amt des elften Mannes innehaben, handeln unabhängig voneinander nach den ihrer Person eigenen Vorstellungen.

Das einzige, die Personen verbindende Element sind die in § 4 Abs. 2 MitbG aufgestellten Wählbarkeitsvoraussetzungen⁵³⁾. Sie sind in der Rechtswirklichkeit beachtet worden, wenn auch bei der Bestellung einiger Personen gewisse Zweifel aufkommen können, insbesondere, was das erforderliche Fehlen wesentlicher wirtschaftlicher Interessen betrifft, § 4 Abs. 2 d. Diese allgemeinen Voraussetzungen führen dazu, daß man den Einfluß des elften Mannes, wenn auch negativ, wenigstens in einer Richtung generell bestimmen kann: der Einfluß des elften Mannes richtet sich im wesentlichen nicht auf die Verwirklichung eigener wirtschaftlicher Interessen.

Die Größe des Einflusses, die von dem elften Mann auf die Willensbildung im Aufsichtsrat ausgeht, ist schwer bestimmbar. Eine Feststellung kann nur auf Grund von sekundären Tatsachen getroffen werden.

Die durchgeführten Untersuchungen zeigen⁵⁴⁾, daß die Mehrheit der elften Männer, insbesondere die Personen, die aus dem öffentlichen Leben kommen, mit den Verhältnissen in der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie und dem Bergbau nicht vertraut sind. Dies führt dazu, daß sich diese Personen insbesondere bei speziellen Einzelfragen auf die Sachkenntnis Dritter verlassen müssen. Sie werden weniger eigene Vorschläge entwickeln, soweit hierfür überhaupt Raum in den Sitzungen des Aufsichtsrates ist, und weniger neue Gesichtspunkte in die Diskussion einführen als sich den Auffassungen anderer anschließen⁵⁵⁾. Die Einflußnahme des elften Mannes wird unter diesen Umständen zurückhaltend sein. Eine Zurückhaltung kann auch leicht gerade aus der besonderen Aufgabenstellung des elften Mannes erwachsen, wenn er sein Amt zu sehr in einer Vermittlertätig-

⁵³⁾ siehe dazu die Ausführungen oben auf S. 28 ff.

⁵⁴⁾ vgl. dazu die Tabelle auf S. 121 und die Zusammenstellung der elften Männer auf den S. S. 126—136, auch die Zusammenstellung der elften Männer nach Berufen in Zwischenbilanz der Mitbestimmung auf S. 72.

⁵⁵⁾ vgl. Voigt in Weddigen-Voigt a.a.O. S. 349.

keit sieht und sich nur in bestimmten Situationen voll einsetzen zu müssen glaubt. Gegen eine volle Ausnutzung aller Einflußmöglichkeiten im Aufsichtsrat spricht auch der Umstand, daß die Personen fast ausschließlich Stellungen mit vielen beruflichen Belastungen in der Wirtschaft oder im öffentlichen Leben bekleiden und schon aus arbeitstechnischen Gründen nicht viel Zeit für ihr Amt als elfter Mann im Aufsichtsrat aufbringen können. Generell kann man daher feststellen, daß der Einfluß des elften Mannes auf die Willensbildung im Aufsichtsrat nicht sehr groß ist⁵⁶⁾ ⁵⁷⁾).

Positiv ist der Einfluß des elften Mannes auf die Willensbildung im Aufsichtsrat folgendermaßen zusammenzufassen: Die Einflußnahme ist persönlichkeitsbedingt. Sie wird ganz überwiegend nicht von persönlichen, wirtschaftlichen Interessen, sondern allgemeinen wirtschaftspolitischen Vorstellungen aus der Sicht der einzelnen Persönlichkeiten bestimmt, die rational oder emotional eine feste Position zu den beiden Sozialpartnern bezogen haben und diese auch in ihren Entscheidungen nicht verbergen können.

III. Alphabetische Zusammenstellung der elften Männer in den wichtigsten Montan-Unternehmen.

1. Elfte bzw. fünfzehnte oder einundzwanzigste Männer der Bergbauunternehmen⁵⁸⁾.

Dr. rer. pol. h.c. Herman J. Abs Präsident d. Deutschen Bank	15. Mann u. ARV ⁵⁹⁾	Gebrüder Stumm Gesellschaft mit be- schränkter Haftung StK: DM 96 Mill.
---	-----------------------------------	--

⁵⁶⁾ wie hier, allerdings nicht allein für den elften Mann sondern generell für alle „weiteren Mitglieder“ des § 8 Abs. 2 MitbG, Cassier a.a.O. S. 167.

⁵⁷⁾ Daß der elfte Mann lediglich „ein gehorsames Anhängsel“ der Gruppe sei, die ihn vorgeschlagen habe, so Voigt in Weddigen-Voigt a.a.O. S. 350, kann in dieser verallgemeinernden Form angesichts der Personen, die das Amt des elften Mannes ausüben, jedoch nicht behauptet werden.

⁵⁸⁾ Die Aufstellung ist am 31. März 1962 abgeschlossen worden; die Angaben wurden aufgrund folgender Unterlagen zusammengestellt: Wirtschaftsnachrichten des Pressebüros Roebel, Düsseldorf (die Lieferungen wurden am 31. 12. 1961 eingestellt); Handbuch der Deutschen Aktiengesellschaft, Darmstadt 1959/1960, 1960/1961, 1961/1962; Handbuch der Großunternehmen, Darmstadt 1962; Leitende Männer der Wirtschaft, Darmstadt 1961; Adreßbuch der Direktoren und Aufsichts-

ders.	11. Mann u. ARV	Bergwerksgesellschaft Dahlbusch, Gelsenkirchen AK: DM 18 Mill.
Dr. Ing. e. h. Rudolf Bals Obermarkscheider	11. Mann ARV:AEV	Langenbrahm Steinkohlenbergbau, Essen AK: DM 10,5 Mill.
Dipl. Ing. Bergassessor Georg Barth Präsident des Bayerischen Oberbergamtes	11. Mann ARV:AEV	Bayerische Braunkohlenindustrie AG. AK: DM 15 Mill.
ders.	11. Mann ARV:AEV	Oberbayerische AG für Kohlenbergbau AK: DM 7 Mill.
Kurt Baurichter Reg.-Präs.	11. Mann ARV:AEV	Niederrheinische Bergwerks-Aktiengesellsch. AK: DM 40 Mill.
Dipl. Ing. Theo Börding Geschäftsführer und Gesellschafter der Th. Börding Grubenholzgesellschaft mbH.	15. Mann ARV:AEV	Märkische Steinkohlen-Gewerkschaft 1.000 Kuxe = 40 Mill. DM
Dipl. Kaufmann Fritz Butschkau Präs. d. Rhein. Girozentrale und Provinzialbank, Vors. des Vorstandes Deutscher Sparkassen und Giroverbände e. V.	21. Mann ARV:AEV	Bergwerksgesellschaft Hibernia AG AK: DM 350 Mill.

räte, Berlin 1960; Wer ist Wer? Das Deutsche Who's who?, Berlin 1958; Geschäftsberichte einzelner Unternehmen; Nachrichten aus dem Wirtschaftsblatt der FAZ.

⁵⁹⁾ die Abkürzungen bedeuten:
ARV: Aufsichtsratsvorsitzender
BRV: Beiratsvorsitzender
AEV: Anteilseignervertreter
ANV: Arbeitnehmervertreter
AK: Aktienkapital
StK: Stammkapital

Dr. Ing. e. h. Peter Christoffel 1. Geschäftsführer der Treuhandstelle für Bergmannswohnstätten im Rhein.-Westf. Stein- kohlenbezirk	11. Mann ARV:AEV	Carolinenglück Bergbau AG., Bochum AK: DM 13 Mill.
Dr. rer. pol. Klaus Dohrn Vorstandsmitglied d. Kreditanstalt für Wiederaufbau in Ffm.	11. Mann ARV:AEV	Saarbergwerke AG. AK: ffrs. 35.000 Mill.
ders.	11. Mann ARV:AEV	Bergbau AG. Lothringen, Bochum AK: DM 31,2 Mill.
Dr. jur. Walter Dudek Senator u. Präs. der Finanzbehörden a. D.	11. Mann ARV:AEV	Steinkohlenberg- werk Graf Bismarck GmbH. StK: DM 20.000,—
Josef-Hermann Dufhues Innenminister von Nordrhein-Westfalen Rechtsanwalt u. Notar	15. Mann ARV:AEV	Hamborner Berg- bau AG. Duisburg AK: DM 69 Mill.
Dr. jur. Freih. v. Falkenhausen pers. haft. Gesellschaft. d. Bankhauses Burkhardt & Co.	21. Mann BRV:AEV	Klöckner-Werke AG. Werksgruppe Bergbau, Duisburg ⁶⁰⁾
Kurt Forberg Mitinh. d. Bankhauses C. G. Trinkaus	11. Mann u. ARV.	Klöckner Bergbau Königsborn Werne AG. AK: DM 63 Mill.
ders.	15. Mann ARV:AEV	Harpener Berg- bau AG. AK: DM 127,6 Mill.

⁶⁰⁾ Die Werkgruppe Bergbau der Klöckner-Werke AG. wurde aufgrund des Lüdenscheider Abkommens vom 19. 8. 1959 (vgl. Potthoff in Zwischenbilanz der Mitbestimmung S. 51, Neumann Duesberg S. 41, Bold RdA 1960, 65) gebildet; vgl. auch unten die Erläuterungen auf S. 131.

Edmond Friedel Direktor der Nat. Bergschule, Paris	11. Mann ARV:AEV	Gewerkschaft Carolus-Magnus, Aachen Kuxe: 1.000
Dr.Ing. Ludger Funder Berghauptmann	11. Mann ARV:AEV	Concordia Berg- bau AG. AK: DM 21 Mill.
ders.	11. Mann ARV:AEV	Rhein-Elbe-Berg- bau AG. AK: DM 1 Mill.
Pankraz Geiselhart Landeszentralbank- präs. a. D. von Nord- rhein-Westfalen	11. Mann ARV:AEV	Emscher-Lippe- Bergbau AG. AK: DM 30 Mill.
Fritz Graf Berghauptmann	11. Mann ARV:AEV	Erzbergbau Porta Damme AK: DM 5 Mill.
Dr. med. h. c. Hellmuth Greinert Vorstandsmitglied der Rhein.Westf. Elektr.- Werke AG., früher Oberstadtdirektor	15. Mann ARV:AEV	Essener Steinkohlen- Bergwerke AG AK: DM 21 Mill.
Wilh. Hansmann Oberstadtdirektor a. D.	11. Mann u. ARV	Gewerkschaft Gottessegen Kuxe: 1.000
ders.	11. Mann u. ARV	Gewerkschaft Alte Haase Kuxe: 1.000
Dr. rer.pol. Fritz Wilh. Hardach Vorstandsmitglied d. Hütten u. Bergwerke Rheinhausen a. D.	15. Mann ARV:AEV	Ewald-Kohle AG., Recklinghausen AK: DM 100 Mill.
ders.	11. Mann ARV:AEV	Gewerkschaft des Steinkohlenberg- werks Haus Aden Kuxe: 1.000

Prof. Dr. jur. Wilh. Herschel Ministerialdir. a. D.	11. Mann ARV:AEV	Gewerkschaft des Steinkohlen-Berg- werks Victoria- Mathias Kuxe: 1.000
Dr. Fritz Hoch Reg.-Präsident	11. Mann ARV:AEV	Hess. Berg- und Hüttenwerke AG. Kap. DM 25 Mill.
Dr. Ing. Friedrich-Karl v. Hülsen Berghauptmann	15. Mann ARV:AEV	Erzbergbau Sieger- land AG. AK: DM 15 Mill.
Sturm Kegel Verbandsdirektor des Siedlungsverbandes Ruhrkohlenbezirk i. R., Stadtrat u. Reg.Baurat a.D.	11. Mann ARV:AEV	Bochumer Berg- bau AG. AK: DM 500.000,—
Dr. jur. Erich Leist vorm. Präs. d. Landes- zentralbank von Niedersachsen	21. Mann ARV:AEV	Gelsenkirchener Bergwerke AG. AK: DM 485 Mill.
Dr. jur. Herb. Martini Ministerialdirigent a. D. Vorstandsmitglied der Kreditanstalt für Wiederaufbau	11. Mann ARV:AEV	Steinkohlenberg- werke Westfalen AG. AK: DM 31,2 Mill.
Dr. jur. Ewald Meinig- haus, Rechtsanwalt und Notar	11. Mann ARV:AEV	Hansa Bergbau AG. AK: DM 80 Mill.
Dr. Curt Mieke Staatssekretär in Niedersachsen	15. Mann ARV:AEV	Erzbergbau Salzgitter AG. AK: DM 50 Mill.
Dr. jur. Walter Erich Nickel Präs. d. Braunschwei- gischen Staatsbank	15. Mann ARV:AEV	Braunschweigische Kohlenbergwerke AG. AK: DM 99 Mill.

Julius Nischik Bankier, Inh. Firma Otto Kleesenthal & Co.	11. Mann BRV:AEV	Hoesch Werk- gruppe Bergbau ⁶¹⁾
Heinrich Reintjes Oberkreisdirektor a. D.	15. Mann ARV:AEV	Rheinpreußen AG. für Bergbau und Chemie AK: DM 100 Mill.
Rudolf Rixföhren Synd.-Direktor a. D.	11. Mann ARV:AEV	Gewerkschaft Auguste-Victoria, Steinkohlenbergbau a. Blei-Zink-Erzberg- bau, Marl-Hüls Gew.kap.: DM 76,8 Mill.
Peter Schein Knappschaftsdir. a. D.	11. Mann ARV:AEV	Rheinstahl-Bergbau AG. Essen AK: DM 140 Mill.
Prof. Dipl. rer. pol. Dr. Karl Schiller Senator a. D., ord. Prof. d. Volkswirt- schaftslehre, Hamburg	11. Mann ARV:AEV	Dortmunder Berg- bau AG. AK: DM 1 Mill.
Dr. rer. pol. Franz Schmidt Oberstadtdirektor	11. Mann ARV:AEV	Steinkohlenberg- werk Mansfeld GmbH. StK: DM 2,2 Mill.
Dr. jur. Otto Schniedewind Bankier, pers. haft. Gesellschafter des Bankhauses Neuvians, Reuschel & Co.	11. Mann ARV:AEV	Graf Moltke Bergbau AG. AK: DM 12 Mill.

⁶¹⁾ Die bisherigen selbständigen Tochtergesellschaften der Hoesch AG.: Altenessener Bergwerks AG., Hoesch Bergwerks AG., Hoesch Westfalenhütte AG., Hoesch Walzwerke AG., Hoesch Röhrenwerke AG., sind mit Wirkung vom 31. 5. 1959 durch Übertragung ihres Vermögens auf die Muttergesellschaft nach § 15 des UmwG vom 12. 11. 1956 umgewandelt worden (Handbuch der Deutschen Aktiengesellschaft 1960/61 Bd. 2 S. 1817). Nach dem Lüdenscheider Abkommen vom 19. 8. 1959 wurden für den Kohlen- und für den Eisen, und Stahlsektor Werksgruppen mit einem Direktorium und einem Beirat gebildet. Es handelt sich im vorliegenden Falle um den Beirat der Werksgruppe Bergbau; vgl. auch die Ausführungen oben S. 128 Anm. 60.

Dr. jur Dr. h. c. Hellm. Ernst Vits Vorstandsmitglied d. Ver. Glanzstoffabriken AG.	11. Mann ARV:AEV	Gewerkschaft Sofia Jacoba Steinkohlen- bergwerk Kuxe: 1.000
Dr. jur. Heinrich Weitz Fin. Min. a. D. Präs. d. Deutschen Roten Kreuzes	21. Mann ARV:AEV	Rheinische Braun- kohlenwerke AG. AK: DM 228 Mill.
Dr. Karl Werkmeister Botschafter, Leiter d. Deutschen Bundesvertr. b. d. OEEC	11. Mann ARV:AEV	Bergwerksgesell- schaft Walsun mbH. StK: DM 30 Mill.
Dr. jur. Bernh. Wiczorek Rechtsanwalt b. BGH	11. Mann ARV:AEV	Friedrich Thyssen Bergbau AG. AK: DM 50 Mill.
Kurt Wunderlich Berghauptmann	11. Mann ARV:AEV	Barbara Erzberg- bau AG. AK: DM 15 Mill.
Dr. jur. Johannes Zahn Bankier u. Rechtsanwalt Mitinh. d. Bankhauses C. G. Trinkaus	11. Mann ARV:AEV	Steinkohlenberg- werk Friedrich-Heinrich AG. AK: DM 61,6 Mill.
ders.	11. Mann ARV:AEV	Steinkohlenberg- werk Heinrich Robert AG. AK: DM 35,1 Mill.
ders.	15. Mann ARV:AEV	Steinkohlenberg- werk Math. Stinnes AG. AK: DM 100 Mill.
2. Elfte, bezw. fünfzehnte oder einundzwanzigste Männer der Eisen- und Stahlerzeugenden Industrie ⁶²⁾		
Dr. rer. pol. h. c. J. Abs Präs. d. Deutschen Bank	11. Mann u. ARV	Dortmund-Hörder Hütten-Union AK: DM 276 Mill.

⁶²⁾ Die Aufstellung ist am 31. 3. 1962 mit der oben zitierten Literatur
vgl. S. 126 abgeschlossen worden.

Otto Bennemann Niedersächsischer Minister d. Inneren	21. Mann ARV:AEV	Ilse der Hütte, Peine AK: DM 140,4 Mill. .
Dr. jur. J. Bogner Direktor d. Deutschen Bank, Filiale München	15. Mann ARV:AEV	Eisenwerk-Gesell- schaft Maximilian- Hütte AG. AK: DM 60 Mill.
Prof. Dr. med h. c. Dr. Ing. e. h. Dipl. Ing. Leo Brandt, Staatssekr. u. Prof. f. Verkehrspolitik	21. Mann AVR:AEV	Hoesch AG. AK: DM 375 Mill.
ders.	11. Mann ARV:AEV	Gußstahlwerk Witten AG. AK: DM 20,7 Mill.
Dipl. Kaufmann Fritz Butschkau Präs. d. Rhein. Giro- zentrale u. Provinzial- bank, Vors. d. Vorst. Deutscher Sparkassen und Giroverbände e. V.	21. Mann u. ARV	Hüttenwerk Ober- hausen AG. AK: DM 260 Mill.
Kurt Conrad Staatsminister a. D.	15. Mann ARV:AEV	Neunkircher Eisen- werk AG. vormal's Gebrüder Stumm AK: ffrs. 10.000 Mill.
Jos. Hermann Dufhues Innenminister von Nordrhein-Westfalen Rechtsanwalt u. Notar	21. Mann ARV:AEV	Hütten- und Berg- werke Rheinhausen AG. AK: DM 200 Mill.
Dr. rer. pol. h. c. Heinrich Dinkelbach Direktor, früh. Vorstands- mitglied d. Ver. Stahl- werke, nach Kriegsende Leiter d. Treuhandstelle i.A. der North-German Iron and Steel Control	11. Mann ARV:AEV	Rheinstahl-Eisen- werke Gelsenkirchen AK: DM 50 Mill.

ders.	11. Mann ARV:AEV	Rheinstahl-Eisenwerke Mühlheim AK: DM 60 Mill.
ders.	21. Mann ARV:AEV	Rheinische Stahlwerke AG. AK: DM 470 Mill.
ders.	11. Mann ARV:AEV	Gußstahlwerk Gelsenkirchen AG. AK: DM 6,5 Mill.
Dr. Friedrich Ernst Inh. Bankhaus Delbrück, Schickler & Co.	21. Mann ARV:AEV	Aktiengesellschaft für Berg- und Hüttenbetriebe AK: DM 426 Mill.
F. W. Dombois Landrat a. D.	11. Mann ARV:AEV	Gußstahlwerk Oberkassel AG. AK: DM 5,75 Mill.
Dr. jur. Freih. v. Falkenhausen pers. haft. Gesellschafter d. Bankhauses Burkhardt & Co.	21. Mann ARV:AEV	Klöckner Werke AG. AK: DM 300 Mill.
Ernst Fessler Präs. d. Landeszentralbank in Nordrhein-Westfalen, Mitgl. d. Zentralbankrates d. Dt. Bundesbank	11. Mann ARV:ANV	Bochumer Verein für Gußstahlfabrikation AK: DM 92 Mill.
Pankratz Geiselhart Landeszentralbankpräsident a. D. von Nordrhein-Westfalen	15. Mann ARV:AEV	Phönix-Rheinrohr AG. AK: DM 276 Mill.
Senator Dr. jur. Dr. Ing. E. h. Friedrich Haas Präsident des Oberverwaltungsgerichts in Berlin	21. Mann ARV:AEV	Mannesmann AG. AK: DM 580 Mill.

ders.	11. Mann ARV:AEV	Stahl- und Rohrwerk Reisholz GmbH StK: DM 30 Mill.
Dr. Friedrich Hoch Reg.-Präsident	11. Mann ARV:AEV	Hessische Berg- und Hüttenwerke AG. AK: DM 25 Mill.
Dr. Günther Langensiepen Reg.-Vizepräsident	15. Mann ARV:AEV	Hüttenwerk Salzgitter AK: DM 210 Mill.
Dr. Erich Moning Oberkreisdirektor	11. Mann ARV:AEV	Hüttenwerk Siegerland AG. AK: DM 46 Mill.
Prof. Dr. jur. Dr. rer. pol. h. c. H. C. Nipperdey Präsident des Bundesarbeitsgerichts	11. Mann ARV:AEV	Hüttenwerk Rheinhausen AG. AK: DM 100 Mill.
Dr. Ing. Karl Neuenhofer Direktor i. R. vorm. Vorstandsmitglied von Brown-Boveri & Cie.	11. Mann ARV:ANV	Stahlwerke Südwestfalen AG. AK: DM 40 Mill.
Dr. h. c. Rich. Oechsle Staatsminister a.D. MdL.	15. Mann ARV:AEV	Luitpold Hütte AK: DM 40 Mill.
Dr. h. c. Robert Pferdmenges Bankier MdB	21. Mann u. ARV	August-Thyssen-Hütte AG. AK: DM 450 Mill.
Dr. jur. Otto Schniedewind Bankier, pers. haft. Gesellschafter des Bankhauses Neuvians, Reuschel & Co.	11. Mann ARV:AEV	Eschweiler Bergwerksverein AK: DM 120 Mill.
Dr. Ing. Heinr. Schult Vors. d. Vorstandes d. Steinkohlen-Elektrizitäts-AG.	11. Mann BRV:AEV	Hoesch AG. Werk Westfalenhütte ⁶³⁾

⁶³⁾ siehe die näheren Erläuterungen auf S. 131.

Dr. jur. Wilh. Steinlein Staatssekretär a. D. Generaldirektor der Landesbank und Giro- zentrale Rheinland-Pfalz	11. Mann ARV:AEV	Friedrichshütte AG. AK: DM 8 Mill.
ders.	11. Mann ARV:AEV	Stahl- und Walz- werke Rasselstein- Andernach AK: DM 56 Mill.
Dr. jur. Art. Sträter Minister f. Bundes- angelegenheiten in Nordrhein-Westfalen Rechtsanwalt u. Notar	11. Mann ARV:ANV	Niederrheinische Hütten-AG. Ak: DM 55,2 Mill.
Fritz Sureth Ministerialdirektor f. Wirtschaft u. Verkehr	11. Mann ARV:AEV	Metallhüttenwerke Lübeck GmbH StK: DM 30 Mill.
Dr. jur. Heinr. Troeger Vizepräsident der Deutschen Bundesbank	11. Mann ARV:AEV	Deutsche Edelstahl- werke AG. AK: DM 55,2 Mill.
Hermann Willrodt Landesarbeitsamts- präsident a. D.	11. Mann ARV:AEV	Ruhrstahl AG. Hattingen AK: DM 57,5 Mill.
Dr. jur. Rud. Zorn Staatsminister a. D. Geschäftsführender Präs. d. Bayr. Spar- kassen- u. Giroverbandes	11. Mann u. ARV	Stahlwerke Bochum AG. AK: DM 24,2 Mill.

Vierter Abschnitt:

Kritische Betrachtung der Rechtsstellung des elften Mannes

A. Der elfte Mann im Spannungsfeld widerstreitender Funktionen.

Der elfte Mann hat nach dem Gesetz widerstreitende Funktionen zu erfüllen¹⁾.

Als vollberechtigtes Mitglied im Aufsichtsrat sind dem elften Manne die Rechte und Pflichten eines Aufsichtsratsmitglieds auferlegt worden²⁾. Er hat die Interessen des Unternehmens zu vertreten³⁾. Er soll aktiv an der Willensbildung im Aufsichtsrat tätig werden. Er soll sich eine Meinung bilden, an den Beratungen und Beschlußfassungen im Aufsichtsrat teilnehmen⁴⁾. Für sein Handeln trägt er die volle Verantwortung wie jedes andere Aufsichtsratsmitglied. Er haftet der Gesellschaft, §§ 84, 99 AktG⁵⁾.

¹⁾ so auch Cassier S. 167, allerdings wird der elfte Mann nicht dadurch zu einer „widersprüchlichen Figur“, weil sich Arbeitnehmer- und Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat über die Person des elften Mannes einigen müssen und er „andererseits aber gerade den Ausschlag geben soll, wenn Kapital und Arbeit 50:50 gegeneinanderstehen“ wie Cassier ausführt, denn insoweit unterscheidet sich der elfte Mann nicht von einem Schiedsrichter, der bei gleicher Bestellung die gleiche Aufgabe zu erfüllen hat. Entscheidend für diese widersprüchliche Stellung sind vielmehr die im folgenden, im Text aufgeführten Gründe.

²⁾ zu den Rechten und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder im allgemeinen vgl. insbes. Godin-Wilhelmi § 95 Anm. 13; vgl. im übrigen die Literaturhinweise auf Seite 34.

³⁾ siehe dazu Godin-Wilhelmi § 95 Anm. 13 oben, auch Anm. 13 b und d; Würdinger, Aktienrecht § 21 Abs. 2; Boldt § 4 Anm. 10 a; Kötter § 4 Anm. 20 b; Dietz: Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht S. 18; Warrikoff S. 134/135.

⁴⁾ Godin-Wilhelmi § 95 Anm. 13 a; Teichmann-Koehler § 92 Anm. 3; Spieker: Handbuch der Aufsichtsräte S. 109; allgemeiner Schmidt - Meyer, Landrut in Großkomm. z. AktG § 95 Anm. 26; Kötter § 4 Anm. 20 b u. oben S. 34.

⁵⁾ generell für die Aufsichtsratsmitglieder Spieker a.a.O. S. 298 ff; Schmidt - Meyer-Landrut in Großkomm. z. AktG § 99 Anm. 1 ff.; Godin-Wilhelmi Erläuterungen zu § 99 AktG; für die Aufsichtsratsmitglieder in den Montangesellschaften insbes. Möhring in MDR 51 S. 514; Boldt § 4 Anm. 10 m; Kötter § 4 Anm. 20 b.

Die Funktion des elften Mannes als Vermittler zwischen den beiden Sozialpartnern⁶⁾ erfordert hingegen Neutralität, d. h. Zurückhaltung von dem Meinungsstreit, nicht Aktivität für die Durchsetzung der persönlich gebildeten, sondern für eine Angleichung der von den Sozialpartnern entwickelten Vorstellungen. Der Mittler zwischen zwei Parteien kann nicht zugleich Mitverfechter einer dieser Parteien sein⁷⁾. Dies hat der Gesetzgeber durch die Aufstellung der Wahlvoraussetzungen in § 4 Abs. 2 MitbG auch zu vermeiden gesucht. Durch die Übertragung der vollen Rechte und Pflichten eines Aufsichtsratsmitglieds auf den elften Mann wird diese Distanzierung jedoch wieder aufgehoben. Der elfte Mann wird in die Parteibildung hineingestellt.

In dieses Spannungsfeld der sich widerstreitenden Funktionen kommt noch die dritte, in sich selbst bereits problematische und unklar ausgeprägte Funktion des elften Mannes hinzu: die versteckte Übertragung der öffentlichen Interessenvertretung. Wie bereits oben bei der Bestimmung der gesetzlich eingeräumten Stellung des elften Mannes ausgeführt wurde⁸⁾, ist der Begriff der öffentlichen Interessenwahrung so vielschichtig, daß er keinen rechtlich substantiierten Wortinhalt besitzt, der im Einzelfall die Feststellung einer klaren Auftragserteilung ermöglichen würde⁹⁾. Die wirtschaftlichen Verhältnisse und das öffentliche Interesse ändern sich zudem in ihren Beziehungen unaufhörlich und in einem solchen Ausmaße¹⁰⁾, daß es fast unmöglich ist, die jeweiligen, im öffentlichen Interesse liegenden Maßnahmen gesetzlich zu fixieren, um eine wirksame öffentliche Interessenvertretung zu ermöglichen. Wie stark man auch die Funktion der öffentlichen Interessenvertretung betonen mag, sie findet nach dem geltenden Aktien- und Mitbestimmungsgesetz für

⁶⁾ vgl. oben S. 34.

⁷⁾ vgl. die Gründe für den Ausschluß von Gerichtspersonen in der Zivilprozeßordnung § 41 ff., insbes. § 41 Nr. 1 ZPO; in der freiwilligen Gerichtsbarkeit §§ 170 ff. FGG; in der Strafprozeßordnung §§ 22 ff. StPO; im Schiedsverfahren nach der Zivilprozeßordnung § 1032 ZPO.

⁸⁾ vgl. oben S. 35.

⁹⁾ siehe dazu den Diskussionsbeitrag von Flume auf der Fachtagung der Fr. Ebert Stiftung nach dem Bericht der FAZ v. 16. 4. 1962, S. 19; und auch die diese Frage betreffenden Ausführungen von Ballerstedt in seinem Referat: Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung, das er auf dieser Tagung gehalten hatte, Schriftenreihe der Forschungsgesellschaft der Fr. Ebert Stiftung: Zur großen Aktienrechtsreform, S. 43.

¹⁰⁾ Beispiele hierzu hat die Studienkommission des Deutschen Juristentages in ihren Bericht angeführt, a.a.O. S. 22.

den elften Mann keine klare Ausprägung. Sie bleibt unbestimmt. Die einzelnen Tätigkeitsakte, die im Bewußtsein einer öffentlichen Interessenvertretung vollzogen sein mögen, sind in so starkem Maße persönlichkeits- und situationsbedingt, daß ein einheitlicher, wirksamer und kontrollierter Einfluß öffentlicher Interessen auf das Wirtschaftsleben in dieser Form nicht entstehen kann. Die gesetzliche Ausgestaltung der Rechtsstellung des elften Mannes ist zur Erreichung eines solchen Erfolges untauglich¹¹⁾.

Eine öffentliche Interessenvertretung steht weiterhin im Widerspruch zu der jedem Aufsichtsratsmitglied obliegenden Pflicht, nach den Interessen des betreffenden Unternehmens zu handeln und sich für das Unternehmen voll einzusetzen¹²⁾.

Dem Aktienrecht sind Interessenüberlagerungen allerdings nicht fremd. Eine ähnliche Interessenüberlagerung besteht für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat¹³⁾. Für die entsandten Aufsichtsratsmitglieder nach § 88 AktG können ähnliche Interessengegensätze auftreten¹⁴⁾. In abgeschwächter Form trifft seit der Neufassung des Aktiengesetzes von 1937 dieselbe Problematik für die Vorstandsmitglieder zu, wenn § 70 AktG bestimmt, daß sie bei der Leitung des Unternehmens auch den gemeinen Nutzen von „Volk und Reich“ zu beachten haben¹⁵⁾¹⁶⁾¹⁷⁾.

¹¹⁾ siehe in diesem Zusammenhang zu der Frage der Vertretung öffentlicher Interessen auch die Ausführungen von Deringer (CDU/CSU) im Podiumsgespräch der Friedrich Ebert Stiftung in FAZ v. 16. 4. 1962 S. 19.

¹²⁾ Die Literaturhinweise siehe oben auf S. 137 Anm. 3.

¹³⁾ vgl. dazu insbes. Hueck: Die Stellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, Vortrag, gehalten anlässlich des zehnjährigen Wiederbestehens des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands e. V. am 1. Dezember 1959 Abdruck S. 13 ff.; Kötter § 4 Anm. 21.

¹⁴⁾ vgl. RGZ 165, 80; Schlegelberger-Quassowski § 88 Anm. 13; Godin-Wilhelmi § 92 Anm. II, 6, 2. Abs.; Baumbach-Hueck § 92 Anm. 3 B; Vogel S. 39.

¹⁵⁾ siehe dazu Godin-Wilhelmi § 70 Anm. 2; Teichmann-Koehler § 70 Anm. 3 b (S. 153); Schlegelberger-Quassowski § 70 Anm. 8; insbes. auch Schmidt - Meyer-Landrut in Großkomm. z. AktG § 70 Anm. 11 und die kritischen Bemerkungen von Boerckel a.a.O. S. 37 u. 38.

¹⁶⁾ Der jetzige Rechtszustand soll nach dem Regierungsentwurf nicht geändert werden, wenn es dort auch nur heißt: Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten. vgl. dazu die Ausführungen von Ministerialdirigent Prof. Dr. Geßler in dem Podiumsgespräch der Friedrich Ebert Stiftung a.a.O.

¹⁷⁾ siehe dazu die jüngsten Auseinandersetzungen mit der Automobilindustrie (insbes. bei VW) über die Erhöhung der Autopreise, FAZ vom 27. 4. 62, 28. 4. 62, 1./2. 5. 62.

In der Person des elften Mannes kommt dieser Interessengegensatz umso stärker zum Ausdruck, je mehr man eine gesetzliche Verpflichtung öffentlicher Interessenvertretung anerkennt.

Der Widerspruch läßt sich nicht dadurch beseitigen, daß das wirtschaftliche Interesse eines Unternehmens nach dem öffentlichen Interesse bestimmt wird. Diese Bestimmung führt zu einer Gleichsetzung, die mit dem staatlichen Wirtschaftsaufbau, der Trennung von Privatwirtschaft und staatlicher Wirtschaftspolitik unvereinbar ist. Das öffentliche Interesse allein in der ungestörten Entwicklung wirtschaftlicher Interessen zu sehen, widerspricht dem Grundprinzip der sozialen Marktwirtschaft. Interessengegensätze lassen sich daher nicht leugnen. Die Vermittlerrolle des elften Mannes, die mit einer Interessenvertretung ganz allgemein schon kollidiert, wird durch die im Einzelfall möglichen Interessengegensätze noch schwieriger.

Die Funktionen des elften Mannes sind nach dem Gesetz widerspruchsvoll. Eine die verschiedenen Funktionen berücksichtigende, einheitliche Betrachtung der Rechts- und Aufgabenstellung des elften Mannes kann diese Widersprüche nicht ganz ausräumen.

Dem entspricht das Bild von dem elften Mann in der Rechtswirklichkeit. Das Wahlverfahren des elften Mannes hat sich von der gesetzlichen Regelung des § 8 MitbG entfernt. Der Wahlvorschlag kommt in vielen Fällen von Personen, die nach dem Gesetz kein Vorschlagsrecht besitzen. Das Recht zur Aufstellung des Wahlvorschlags wird ausgehandelt¹⁸⁾. Der Einfluß des elften Mannes auf die Willensbildung im Aufsichtsrat ist verschieden stark, uneinheitlich, unbestimmt¹⁹⁾.

B. Die Rechtsstellung des elften Mannes als Problem des Mitbestimmungsrechts.

Die Forderung der Arbeitnehmer, auf die Willensbildung im Aufsichtsrat der Montanunternehmen den gleichen Einfluß wie die Aktionäre zu erhalten²⁰⁾, führte zu der besonderen gesetzlichen Ausgestaltung der Rechtsstellung und des Wahlverfahrens des elften Aufsichtsratsmitglieds. Die Rechtsfigur des elften Mannes ist damit eine Folgeerscheinung der sozialpolitischen Verhältnisse.

¹⁸⁾ siehe die näheren Ausführungen oben S. 113 ff.

¹⁹⁾ siehe oben S. 119 ff.

²⁰⁾ siehe dazu insbesondere Potthoff in Zwischenbilanz der Mitbestimmung, S. 41 ff. und derselbe in Kampf um die Montanmitbestimmung S. 14 ff., und oben S. 51.

Die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats wurde durch die paritätische Besetzung gefährdet. Der elfte Mann sollte diese Gefahr beseitigen²¹⁾. Aus dieser dem elften Mann zugeordneten Funktion wurde seine Rechtsstellung begründet. Der Gedanke einer öffentlichen Einflußnahme auf die Privatwirtschaft über eine Interessenvertretung im Aufsichtsrat war für die gesetzliche Ausgestaltung seiner Rechtsstellung nicht bestimmend²²⁾. Die Problematik um die Rechts- und Aufgabenstellung des elften Mannes ist damit ein Kernproblem der paritätischen Mitbestimmung.

Die Problemstellung ist an die geltende Unternehmensverfassung²³⁾ gebunden. Die Vorschläge, die in jüngster Zeit zu einer neuen Unternehmensverfassung entwickelt wurden, bringen diese Problematik nicht oder nur in anderer Form mit sich²⁴⁾.

Die Forderungen nach einer Überführung der Grundstoffindustrie in Gemeinwirtschaft, wie sie von der Gewerkschaft IG-Metall²⁵⁾ und der Gewerkschaft Bergbau und Energie²⁶⁾ auch heute noch vorgetragen werden, gehen über die Vorschläge nach einer Reform des Unternehmensrechts hinaus. Sie bedeuten eine Änderung der bestehenden Wirtschaftsverfassung²⁷⁾. Für einen elften Mann als Mittler zwischen den beiden Sozialpartnern oder als Vertreter öffentlicher Interessen unter anderen Interessenvertretern ist in einer solchen Wirtschaftsverfassung kein Raum. Das öffentliche Interesse wird zentral gelenkt zur einzigen Richtschnur des Wirtschaftsgeschehens²⁸⁾.

Neben den Forderungen nach einer neuen Wirtschaftsverfassung haben sich die deutschen Gewerkschaften auch bestimmte Vorstellungen über ein neues Unternehmensrecht auf der Grund-

²¹⁾ vgl. oben S. 33.

²²⁾ vgl. oben S. 34.

²³⁾ zu dem Begriff der Unternehmensverfassung siehe Köhler in JZ 1956, 135 ff. (139) und derselbe in JZ 1953 S. 711.

²⁴⁾ Eine Ausnahme hiervon macht der die Rechtsverhältnisse aber eher erschwerende Vorschlag von v. Ruckteschell a.a.O. S. 132, nach dem der Aufsichtsrat aus zwei getrennten von Arbeitnehmern und Anteilseignern besetzten Gremien und einem mit neutraler Spitze versehenen Gesamtaufsichtsrat bestehen soll.

²⁵⁾ Gewerkschaftliche Monatshefte 61 Heft 2 S. 73, Abdruck der Rede Brenners auf dem 6. Gewerkschaftstag in Berlin.

²⁶⁾ FAZ vom 6. Juli 1961, Forderung Gutermuths auf dem Gewerkschaftstag der IG Bergbau und Energie.

²⁷⁾ zur Bestimmung der bestehenden Wirtschaftsordnung vgl. die Erklärungen im Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentags S. 15.

²⁸⁾ vgl. dazu Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, I, S. 40.

lage der geltenden Wirtschaftsverfassung gebildet, die sie in der Öffentlichkeit vortragen²⁹⁾. Nach diesen Vorstellungen sollen die Erwerbsunternehmen in eine interessenpluralistische Rechtsform gebracht werden, in der Anteilseigner, Arbeitnehmer und Allgemeinheit in gleichem Maße Träger und bestimmender Faktor des Unternehmens sind³⁰⁾.

Für das in Vorbereitung befindliche Aktiengesetz wird von dem Deutschen Gewerkschaftsbund eine Ausdehnung der paritätischen Mitbestimmung auf alle Großunternehmen und Großkonzerne gefordert. Als Großunternehmen sollen hierbei solche Unternehmen gelten, die entweder in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen und eine Bilanzsumme von mindestens 15 Mill. DM haben, oder mindestens 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen und einen Jahresumsatz von mindestens 100 Mill. DM erzielen, oder schließlich bei einem solchen Jahresumsatz eine Bilanzsumme von mindestens 50 Mill. DM aufweisen³¹⁾ ³²⁾.

Ähnliche Vorstellungen von einem neuen Unternehmensrecht, wie sie die Deutschen Gewerkschaften haben, sind bereits 1955 von dem Juristentag entwickelt worden. Nach dem vorgeschlagenen Modell einer Unternehmensverfassung, das jedoch nicht die Zustimmung aller Mitglieder der Kommission fand³³⁾, sollen in der Hauptversammlung und einem Verwaltungsrat Anteilseigner, Arbeitnehmer und das öffentliche Interesse in den Verhältnissen 2 : 2 : 1 vertreten sein. Das Direktorium soll dagegen

²⁹⁾ siehe dazu vor allem den Vortrag von Kunze, Justitiar des DGB, auf der Hauptversammlung der Hans-Böckler-Gesellschaft 1960 in Mitbestimmungsgespräch 1960, Heft 11 und auch die Ausführungen von Deist (SPD) im Podiumsgespräch der Friedrich Ebert Stiftung, in FAZ v. 16. 4. 1962 S. 19.

³⁰⁾ Für die Entsendung von Regierungsvertretern in die boards aller bedeutenden Gesellschaften treten auch die Sozialisten in England ein, vgl. Cole in New Statesman v. 12. 5. 1951 und Albu und Hewitt: The Anatomy of Private Industry, zitiert nach Tessin: Rechtsvergleichende Darstellung der Verfassung einer Aktiengesellschaft nach deutschem und englischem Recht, S. 90.

³¹⁾ siehe dazu insbes. die von dem Deutschen Gewerkschaftsbund 1962 herausgegebene Schrift: Aktienrechtsreform und Mitbestimmung und den Bericht im Wirtschaftsteil der FAZ S. 21, v. 24. 12. 1962.

³²⁾ Die gegenwärtigen Bestrebungen des DGB, insbes. der IG-Metall, sind auf eine stärkere Ausnutzung der den Arbeitnehmern durch das MitbG eingeräumten Rechte gerichtet, vgl. Bericht der FAZ v. 28. 10. 1961 (S. 4) über eine Rede Brenners in Essen und auch das Arbeitsprogramm der IG-Metall vom Oktober 1961 (S. 2).

³³⁾ vgl. insbesondere die kritische Stellungnahme von Reinhardt unter dem Titel: Privates Unternehmen und öffentliches Interesse, in Festschrift für Alfred Hueck; auch Köhler in JZ 1956, S. 141.

nicht nach diesem Kräfteverhältnis besetzt werden. Bei der Auswahl seiner Mitglieder sollen allein fachliche Gesichtspunkte entscheidend sein.

Nach diesen Vorstellungen wird dem öffentlichen Interesse ein breiter Raum in dem Unternehmen eingeräumt. Zugleich erhält das Unternehmen eine interessenpluralistische Rechtsform. In einer solchen Unternehmensverfassung wird die Problematik um den elften Mann von selbst gelöst. Er verliert seine Sonderstellung und wird mit den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern zahlenmäßig verstärkt zum reinen Interessenvertreter im Rahmen der gegenüber dem Unternehmen allgemein bestehenden Pflichtenstellung. Der Widerspruch zwischen der Vermittlerfunktion und der Parteistellung als Aufsichtsratsmitglied besteht nicht mehr.

Die Vermittlerstellung eines neutralen elften Mannes wäre auch nicht erforderlich, wenn sich nach den Vorstellungen von Köhler³⁴⁾ der Aufsichtsrat in einer neuen Unternehmensverfassung „heterogen“³⁵⁾, d. h. aus verschiedenen Interessenvertretern, zusammensetzen würde. Die Funktionsfähigkeit im Aufsichtsrat ist bei einer solchen Zusammensetzung nicht gefährdet. Es bestehen keine festen Fronten.

Die Darstellung dieser unterschiedlichen Vorstellungen von einer Unternehmensrechtsreform macht deutlich, wie sehr die Rechtsstellung des elften Mannes von der Unternehmensverfassung abhängt. Die Darstellung der gesetzlich ausgeprägten Rechtsstellung des elften Mannes³⁶⁾ zeigt auf der anderen Seite, daß die Rechtsfigur des elften Mannes nicht als Ansatzpunkt einer neuen Unternehmensverfassung zu sehen ist, in der dem Allgemeininteresse ein fester Platz im Aufsichtsrat des Unternehmens eingeräumt wird. Der Referenten- und Regierungsentwurf zur Aktienrechtsreform³⁷⁾ halten an der geltenden Unternehmensverfassung fest³⁸⁾. Die Problematik um die Rechtsstel-

³⁴⁾ Köhler in JZ 1956, 141.

³⁵⁾ Köhler a.a.O. S. 141.

³⁶⁾ vgl. insbes. S. 33—36.

³⁷⁾ Referenten- desgl. Regierungsentwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Referentenentwurf 1958, Regierungsentwurf 1961).

³⁸⁾ siehe auch die Ausführungen von Ministerialdirigent Prof. Geßler im Podiumsgespräch der Friedrich Ebert Stiftung am 14. 4. 1962 (FAZ v. 16. 4. 1962, S. 19), der auch für die Zukunft die Absicht des Gesetzgebers an der Beibehaltung der klassischen Aktiengesellschaft betonte.

lung des elften Mannes im Aufsichtsrat der Unternehmen des Bergbaus, der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie besteht auch nach der Neufassung des Aktiengesetzes weiter.

C. Abschließende Betrachtung

Die Funktionen, die dem elften Mann im Aufsichtsrat der Montangesellschaften zugedacht sind, können nur dann von diesem erfüllt werden, wenn sie gleichgerichtet sind oder sich ergänzen, nicht aber, wenn sie sich widersprechen. Die Rechtsstellung muß sich nach diesen Funktionen richten und die Person mit den notwendigen rechtlichen Mitteln ausstatten.

Wie oben ausgeführt³⁹⁾, war die Vermittlerfunktion ausschlaggebend für die Schaffung eines besonderen elften Mitglieds im Aufsichtsrat der Montangesellschaften. Wie auch bereits gezeigt⁴⁰⁾, steht die Vermittlerfunktion mit der Parteistellung in Widerspruch und ist die Parteistellung selbst widerspruchsvoll, wenn der elfte Mann sich für die Belange des Unternehmens und die öffentlichen Interessen einsetzen soll.

In der Rechtswirklichkeit der „Alltagsentscheidungen“ kommt der Widerspruch in den Funktionen, die dem elften Mann übertragen wurden, nicht so stark zum Ausdruck. Immerhin zeigt das tatsächlich ausgeübte Wahlverfahren⁴¹⁾, daß die Sozialpartner die Schwächen der gesetzlichen Regelung klar erkannt haben und ihnen auch Rechnung tragen.

Die Lösung der Problematik ist schwierig. Eine Lösung kann meines Erachtens aber nur in der Richtung gesucht werden, daß der elfte Mann von der Vielfalt seiner ihm übertragenen Funktionen befreit wird und die Stellung als Vermittler zwischen den Sozialpartnern eine stärkere Ausprägung erfährt⁴²⁾ 43).

³⁹⁾ vgl. oben die Ausführungen auf S. 33 ff.

⁴⁰⁾ vgl. oben S. 138.

⁴¹⁾ vgl. oben S. 113 ff.

⁴²⁾ vgl. auch die Vorschläge, die von Raiser: Rechtsfragen der Mitbestimmung S. 25, zur Überwindung der Interessengegensätze der Sozialpartner angedeutet wurden: Ausklammern des Mehrheitsprinzips und Aufstellung wirtschaftlicher Grundprinzipien wie die Einschränkung der Möglichkeiten für Arbeitnehmer an eigener Interessenverfolgung und Einschränkung des Rentabilitätsdenkens für die Unternehmensführung; diese Maßnahmen dürften jedoch kaum praktikabel sein, so daß sich dadurch auch die Stellung des elften Mannes nicht grundlegend ändern ließe.

⁴³⁾ vgl. in diesem Zusammenhang auch Neuloh: Der neue Betriebsstil, der in der allgemeinen innerbetrieblichen Entwicklung die Überwin-

Die Aufstellung bestimmter Vorschläge für eine Neufassung der Rechts- und Aufgabenstellung des elften Mannes im Aufsichtsrat bedarf einer weiteren gründlichen Prüfung aller in Betracht kommenden Möglichkeiten. Eine abschließende Stellungnahme zu diesen Fragen de lege ferenda ist in dieser Arbeit nicht möglich.

dung der Interessengegensätze zwischen Arbeitnehmer- und Anteilseignervertreter kommen sieht und schon Ansatzpunkte für einen neuen „Betriebsstil“ zu sehen glaubt.



Lebenslauf

Am 4. 3. 1934 wurde ich in Frankfurt/Main als erstes Kind des Verlagsdirektors Arthur Fuckert und seiner Ehefrau Lieselotte, geb. Müller, geboren. Ich habe die deutsche Staatsangehörigkeit und bin Protestant.

Ostern 1940 kam ich in die Frankfurter Diesterwegschule, die ich bis 1943 besuchte. Nach mehreren Schulunterbrechungen wegen Kriegseinwirkungen wurde ich im Juni 1946 in dem Liebig-Realgymnasium in Frankfurt/Main aufgenommen. Ich bestand dort im März 1955 die Reifeprüfung.

Am 12. 4. 1955 ließ ich mich an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt/Main als Student der Rechtswissenschaften immatrikulieren. Während des Wintersemesters 1956/57 nahm ich an einem Studentenaustausch zwischen der Freien Universität Berlin und den Universitäten der Bundesrepublik teil. Am 15. 12. 1959 legte ich in Frankfurt/Main die Erste Rechtswissenschaftliche Staatsprüfung ab. Zur Zeit stehe ich im Referendardienst des Landes Hessen.

Während meines Studiums und Vorbereitungsdienstes galt mein besonderes Interesse dem Gesellschafts- und Kartellrecht, das mir in seiner aktuellen Bedeutung vor allem Herr Prof. Dr. Kronstein näher brachte. Ihm möchte ich auch an dieser Stelle meinen besonders herzlichen Dank aussprechen.

